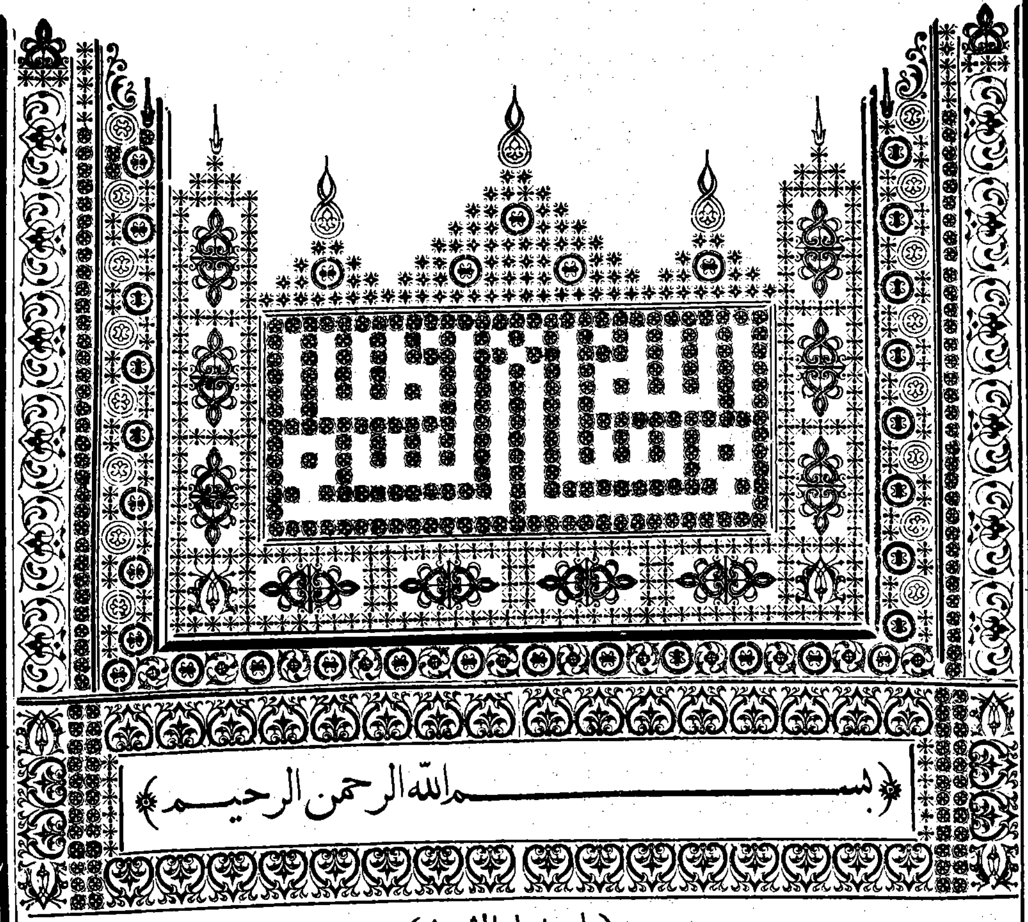
﴿الجـــزء السادس﴾

من البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام
العلامة والنحرير الفهامة فقيه عصره
ووحيد دهره محرر المذهب النعماني
وأبي حنيفة الثاني الشيخ زين
الدين الشهير بابن نجيم
رحمه الله تعالى
آمين

وبهامشه الحواشي المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق لخاتمة المحققين ونخبة العلماء العاملين العلامة الفاضل والاستاذ الكامل السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين رحمه الله وقد جعل كتاب البحر مفرغا في سبعة أجزاء والجزء الثامن تكملة العلامة المحقق محمد الشهير بالطوري ولتمام الانتفاع جعل المتن مع الحاشية في طرة الكتاب وفصل بينهما بفاصل من جدولي الطبع المستطاب



باب خيار الشرط

باب خيار الشرط

باب خيار الشرط

من اضافة الشئ الى سببه لان الشرط سبب للخيار وفى المصباح الخيار الاختيار وفسره فى فتح الباري بالتخيير بين الامضاء والفسخ وهو ثابت بالنص على غير القياس وحين ورد النص به جعلناه داخلا على الحكم مانعا له تقليلا لعمله بقدر الامكان ولم نجعله داخلا على أصل البيع للنهى عن بيع بشرط والبيع الذى شرط فيه الخيار يقال فيه علة اسما ومعنى لا حكما وللخالى عنه علة اسما ومعنى وحكما قال أهل الاصول الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلم ينعقد فى الحر لعدم المحل ومانع يمنع تمامها كبيع مال الغير ومانع يمنع ابتداء الحكم وهو خيار الشرط ومانع يمنع تمامه كخيار الرؤية للمشترى ومانع يمنع لزومه كخيار العيب وقد حققنا فى شرحنا على المنار ان تقسيمهم الموانع مبنى على قول ضعيف للاصوليين وهو جواز تخصيص العلل وأما على الصحيح من انه لا يجوز تخصيصها فلا مانع لها أصلا ففى كل موضع عدم الحكم فانما هو لعدم العلة فتخلف الملك مع شرط الخيار انما هو لعدم العلة لانها البيع بلا خيار وقولهم فيما فيه خيار علة اسما ومعنى لا حكما مجاز على الصحيح لان الموجود فيه شطر العلة لا كلها لانها لا تتم الا باوصاف ثلاثة ان تكون موضوعة وان تكون مؤثرة وان يوجد الحكم عقبها بلا تراخ فما دام الخيار باقيا لم تتم العلة فاذا سقط تمت وتمامه فى تقريرا لاكمل فى بحث تقسيم العلل الى سبعة والخيارات فى البيع لا تنحصر فى الثلاثة كما قدمناه بل هى ثلاثة عشر خيارا والرابع خيار الغبن وسنتكلم عليه فى المرابحة حيث ذكروه هناك والخامس خيار الكمية وقدمناه أول البيوع والسادس خيار الاستحقاق وسيأتى

فى

(قوله والسابع خيار كشف الحال كما قدمناه) قال الرملي قدمه في شرح قوله وبإناء أو بحجر لا يعرف قدره بقوله بعد أن قال لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم اعلم به جاز وله الخيار وهذا الخيار خيار كشف الحال كما قدمناه في مسئلة الحفيرة والمطمورة (قوله والظاهر ان الضمير الخ) قال في النهر أقول الضمير في صح يعود الى المضاف اليه بقرينة صح ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له ومن غفل عن هذا قال ما قال اه وفي حاشية أبي السعود عن الحموي الاولى أن يجعل الضمير راجعا الى الخيار باعتبار كونه موصوفا بالمشروطية قبل الاضافة فان اضافة خيار الى الشرط ٣ من اضافة الموصوف لا الصفة

في باب خيار العيب والسابع خيار كشف الحال كما قدمناه والثامن خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض وسيأتي أيضا والتاسع خيار اجازة عقد الفضولي والعاشر خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد كاشتراطه الكتابة والحادي عشر خيار التعيين الثاني عشر في المرابحة خيار الخيانة الثالث عشر من الخيارات خيار نقد الثمن وعدمه كما يأتي في هذا الباب (قوله صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام) أي جاز للبائع وللمشتري معا أو لأحدهما في المدة المذكورة والظاهر ان الضمير يعود الى الخيار وفي الوقاية والنقاية صح خيار الشرط فابرزه والاولى ما في الاصلاح صح شرط الخيار لان الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار والاصل في ثبوته ما رواه ابن ماجه في سننه ان حبان بن منقذ بن عمرو كان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت أسنانه وكان لا يدع على ذلك التجارة فكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال له اذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فاذا رضيت فامسك وان سخطت فارددها على صاحبها وحبان بفتح الحاء المهملة والباء الموحدة والخلابة الخداع وفائدة قوله لا خلابة أي لا خديعة في الدين لان الدين النصيحة ولا اعلام بأنه ليس من ذوي البصائر بالسلع فالواجب نصيحته فلا تخدعوه بشيء اعتمادا على معرفته بل انصحوه لانه ليس عالما بها كذا في فتح الباري والآمة شجة تصيب أم الرأس وكان حبان ألثغ باللام فكان يقول لا خذابة فقوله اذا بايعت شامل للبائع والمشتري وبه اندفع قول سفيان الثوري انه لا يجوز الا للمشتري عملا بحديث الحاكم فجعل له الخيار فيما اشتراه ولانه انما جاز للحاجة الى دفع الغبن بالتروي وهما فيها سواء وفي الخانية اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا اه وقيد بقوله للمتبايعين الدال على ان الشرط كان بعد العقد أو مقارنا له للاحتراز عما اذا كان قبله فلو قال جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت كما في التتارخانية وأطلقه فشمل البيع الفاسد فهو كالصحيح يثبت فيه خيار الشرط ولما كان خلاف الاصل فاذا اختلفا في اشتراطه فالقول لمن أنكره عند الامام في ظاهر الرواية وعند محمد القول لمدعيه والبينة للآخر كذا في الخانية وشمل ما اذا شرطاه وقت العقد أو ألحقاه به فلو قال أحدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح اجماعا فلو شرطاه بعده أزيد من الثلاثة فسد العقد عنده خلافا لهما كما لو ألحقا بالبيع شرطا فاسدا فانه يلتحق ويفسد العقد عنده وعندهما لا يفسد ويبطل الشرط وفي جامع الفصولين هو يصح في ثمانية أشياء في بيع واجارة وقسمة وصلح عن مال بعينه وبغير عينه وكتابة وخلع وعتق على مال لو شرط للمرأة والقن

ولا ينافيه قولهم انه من اضافة الحكم الى سببه والاصل باب الخيار المشروط على ان يكون المصدر بمعنى اسم المفعول يدلك على ذلك ان الموصوف بالصحة ليس الخيار فقط كما يوهمه كلام صدر الشريعة ولا الشرط فقط كما يوهمه كلام

صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام

صاحب الاصلاح (قوله والخلابة الخ) قال الرملي ذكر شيخ الاسلام زكريا في شرح الروض هنا فروعا وقواعدنا لا تأباها قال فرع قوله أي العاقد لا خلابة بكسر الخاء عبارة في الشرع عن اشتراط خيار الثلاث ومعناها لا غبن ولا خديعة فان أطلقاها عالمين لا جاهلين ولا جاهل أحدهما معناها صح أي ثبت الخيار وان أسقط من شرط له الخيار ثلاثة أيام خيار اليوم الاول بطل الكل قال في المجموع وان أسقط خيار الثالث لم يسقط ما قبله أو خيار الثاني بشرط أن يبقى خيار الثالث سقط خيار اليومين جميعا لانه كما لا يجوز أن يشرط خيارا متراخيا عن العقد لا يجوز أن يستبقي خيارا متراخيا وانما أسقطنا اليومين تغليبا للاسقاط لان الاصل لزوم العقد وانما جوزنا خيار الشرط رخصة فاذا عرض له خلل حكم بلزوم العقد اه فتأمله تجده موافقا لمذهبنا والله تعالى أعلم اه (قوله فهو كالصحيح يثبت فيه خيار الشرط) قال في جامع الفصولين حتى لو باع قنا بألف درهم ورطل خمر بخيار فقبضه وحرره لم يجز لا نافذا ولا موقوفا اه (قوله واجارة) قال في جامع الفصولين لو استأجر

بخيار له ثلاثة أيام جاز كبيع فلو فسخ في الثالث هل يجب على المستأجر أجر يومين أفتى ط انه لا يجب لانه لم يتمكن من

ولو شرط الخيار للراهن جاز لا للمرتهن اذ له نقض الرهن متى شاء بلا خيار ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل جاز اهـ ويصح شرط الخيار في الابراء بان قال أبرأتك على اني بالخيار ذكره فخر الاسلام من بحث الهزل ويصح أيضا اشتراطه في تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة ذكره فيه أيضا ويصح اشتراطه في الحوالة أيضا وفي الوقف على قول أبي يوسف وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لانها اجارة فهي خمسة عشر موضعا ولا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والاقرار بعقد والصرف والسلم والوكالة علله قاضيخان بانه انما يدخل في لازم يحتمل الفسخ وفي الولوالجية اشترى عبدا واشترط ان للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان والشراء في آخر رمضان فهو جائز ويكون له الخيار ثلاثة أيام اليوم الآخر من رمضان ويومين بعده لانه سكت عن الخيار يوم العقد وأمكن تصحيح هذا العقد ولعل تصحيح هذا العقد باشتراط الخيار يوم العقد ويومين بعد رمضان ولو قال البائع للمشتري لا خيار لك في رمضان فالبيع فاسد لانه تعذر تصحيح العقد اهـ وفي فتح القدير لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية اهـ وكذا الى الليل أو الى ثلاثة أيام يدخل ما بعد الى وشمل ما اذا شرطاه في كل المبيع أو بعضه لما في السراجية اشترى مكيلا أو موزونا أو عبدا وشرط الخيار له في نصفه أو ثلثه أو ربعه جاز مذكورة في الزيادات اهـ وسيأتي حكم ما اذا كان المبيع متعددا فجعل الخيار في البعض وهو خيار التعيين وفي التتارخانية واذا اشترطه المشتري له في الثمن أو في المبيع كان له الخيار فيهما اهـ ولو اشترى عبدا بالف درهم على ان المشتري بالخيار فاعطاه بها مائة دينار ثم فسخ البيع فعن أبي يوسف الصرف جائز ويرد الدراهم والصرف باطل على قول أبي حنيفة كذا في التتارخانية فان قلت قد صرح فيه انه لو أطلق الخيار فسد البيع ولا شك ان قوله أنت بالخيار أو لك الخيار اطلاق فما التوفيق قلت قد صور في الولوالجية والخلاصة مسئلة أنت بالخيار بانه باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الاقالة بخلاف ما اذا أطلقاه وقت العقد وفي الخانية ابتداء التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار من وقت سقوطه لا من وقت العقد سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وللشفيع الطلب وقت العقد حيث علم لا وقت السقوط ويطلب في بيع الفضولي وقت الاجازة وفي البيع الفاسد حين انقطاع الاسترداد وفي الهبة بشرط العوض روايتان في رواية يطلب عند القبض وفي رواية عند العقد وهو الصحيح ولو كان الخيار للبائع فصالحه المشتري على معين لامضاء البيع صح ويكون زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على اسقاطه بحط عنه من الثمن كذا أو زاده عرضا جاز اهـ فلو صالحه البائع على ابطال البيع ويعطيه مائة ففعل انفسخ البيع ولا شئ له كذا في التتارخانية وأطلق في المتبايعين فشمل الاصيل والنائب فصح للوكيل والوصي كما في الخانية ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو لاجنبي صححاه ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرط لنفسه لا يجوز وان كان اشتراط الخيار لنفسه اشتراطا للآمر لان الآمر اذا أمره ببيع لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير ويكون للآمر كله وفيما فعله يكون له رأي ويكون للآمر بطريق التبعية فيكون مخالفا ولو أمره بشرائه بخيار للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآمر للمخالفة بخلاف ما اذا أمره ببيع بخيار فباع باتا حيث يبطل البيع أصلا كذا في الولوالجية فان قلت هل يصح تعليق ابطاله واضافته قلت قال في

الانتفاع بحكم الخيار لانه لو انتفع يبطل خياره (قوله فهي خمسة عشر موضعا) زاد في النهر واحدة أخرى وهي الاقالة حيث قال وفي البزازية الاقالة كالبيع يجوز شرط الخيار فيها وزاد على ما لا يصح الوصية أخذا من تعليل قاضيخان الآتي فقال وقياسه أن لا يصح في الوصية ونظم القسمين ولم يستوف عدهما بل ترك من القسم الاول الكتابة والمزارعة والمعاملة أي المساقاة ومن الثاني الوصية وكأنه ترك الكتابة سهوا وما عداها لانه غير منصوص وقد نظمت الجميع مشيرا الى ما فيه البحث فقلت

يصح خيار الشرط في ترك شفعة
وبيع وابراء ووقف كفالة
وفي قسمة خلع وعتق اقالة
وصلح عن الاموال ثم الحوالة
مكاتبة رهن كذاك اجارة
وزيد مساقاة مزارعة له
وما صح في صرف نكاح الية
وفي سلم نذر طلاق وكالة
كذلك اقرار وزيد وصية
كما مر بحثا فاغتنم ذي المقالة

(قوله علله قاضيخان الخ) لينظر ذلك في الصرف والسلم فانه غير لازم ويحتمل الفسخ

الخانية لو قال من له الخيار ان لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري كان باطلا ولا يبطل خياره وكذا لو قال في خيار العيب ان لم أرده اليوم فقد أبطلت خياري ولم يرده اليوم لا يبطل خياره ولو لم يكن كذلك ولكن قال أبطلت غدا أو قال أبطلت خياري اذا جاء غد فجاء غد ذكر في المنتقى انه يبطل خياره قال وليس هذا كالاول لان هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الاول اه فقد سووا بين التعليق والاضافة في المحقق مع انهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعتاق وفي التتارخانية لو كان الخيار للمشتري فقال ان لم أفسخ اليوم فقد رضيت وان لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اه (قوله ولو أكثر لا) أي لا يصح اشتراطه أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر انه عليه السلام أجاز الخيار الى شهرين وله انه مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي وهو يحصل فيها فلا حاجة الى ما زاد عليها ويدل عليه حديث عبد الرزاق ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وأما حديث ابن عمر فلم يعرف ولانه جزء الدعوى لانها جوازه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة أو قصرت وهو يقيد بمدة خاصة ولانه يحتمل خيار الشرط وخيار الرؤية والعيب فلا يكون حجة واطلاق المدة عنده كاشتراط الاكثر في عدم الجواز وافساد البيع ولو قال المؤلف ولو أكثر أو مؤبدا أو مطلقا أو موقتا بوقت مجهول لكان أولى لان البيع فاسد في هذه كلها كما في التتارخانية وهكذا اذا كان المبيع مما لا يتسارع اليه الفساد فان كان مما يتسارع فحكمه في الخانية قال اشترى شيأ يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة أيام فالقياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما أن تفسخ البيع واما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه وان لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة اه وفي الظهيرية ولو اشترى بيضا أو كفريا على ان البائع بالخيار فخرج الفرخ أو صار الكفري تمرا بطل البيع لانه لو بقي لبقي مع الخيار ولو بقي معه لم يقدر البائع على اجازته وان أبى المشتري لكون المبيع صار شيأ آخر ولو باع قصيلا فلم يقبضه حتى صار حبا يبطل البيع في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف لا يبطل اه وفي الخانية اشترى شيأ في رمضان على انه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر رمضان فسد العقد في قول أبي حنيفة لان عنده ما قبل الشهر يكون داخلا في الخيار فيصير بمنزلة شرط الخيار أربعة أيام فيفسد العقد عنده وقال محمد له الخيار في رمضان وثلاثة أيام بعد رمضان ويجوز البيع وكذا لو كان الخيار للبائع على هذا الوجه ولو شرط المشتري على البائع فقال لا خيار لك في رمضان ولك الخيار ثلاثة أيام بعد مضي رمضان فسد البيع عند الكل لانه لا وجه الى تصحيح هذا العقد اه والاجارة كالبيع قال في البزازية استأجر على انه بالخيار ثلاثة أيام يجوز وعلى أكثر على الخلاف اه وفي آخر اجارات الذخيرة قبيل الشفعة اشتراط الخيار في غير العقد لا يفسده وان زاد على الثلاثة

ولو أكثر لا

(قوله كان باطلا ولا يبطل خياره) أقول سيأتي في شتى البيوع قبيل باب الصرف ان مما لا يبطل بالشرط الفاسد تعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط ومثل المؤلف هناك للاول بقوله بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك ان شاء فلان وللثاني بقوله بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط اه فتأمل وسيأتي تمام الكلام عليه هناك ان شاء الله تعالى (قوله ولو قال المؤلف ولو أكثر او مؤبدا الخ) قال في النهر انما اقتصر على الثلاث لانه محل الخلاف والفساد فيما زاده بالاجماع كما في الدراية اه وحق التعبير أن يقال انما اقتصر على نفي الزيادة على الثلاث

اجماعا اه فهذا مما خالف فيه الاجارة البيع فانهما اذا شرطاه بعد العقد أكثر من ثلاثة فسد البيع كما قدمناه وأما اشتراطه فى الخلع فقدمنا فى بابه انه يصح اشتراطه لها أكثر من ثلاثة أيام عنده ويصح اشتراطه فى الكفالة أكثر من ثلاثة ويصح اشتراطه للمحتال وهما فى البزازية وأما اشتراطه فى الوقف فجائز عند أبى يوسف بناء على أصله من اشتراط الغلة لنفسه ولما أفتوا بقوله هناك فينبغى أن يفتى به أيضا فى جواز اشتراطه وقدمناه فى الوقف وفى المعراج خذه وانظر اليه اليوم فان رضيته أخذته بعشرة فهو خيار ولو باع على ان له أن يغله ويستخدمه جاز وهو على خياره وعلى ان يأكل من ثمره لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن اه وفى الذخيرة وكذلك لو قال هو بيع لك ان شئت اليوم كان بيعا بخيار (قوله فاذا أجاز فى الثلاث صح) لزوال المفسد قبل تقرره فانقلب صحيحا والضمير يعود الى من له الخيار وقد اختلفوا فى صفة العقد فقيل انعقد فاسدا ثم يعود صحيحا بزوال المفسد وهو قول العراقيين وعند الخراسانيين موقوف على اسقاط الشرط فبمضى جزء من الرابع يفسد فلا ينقلب صحيحا وهذا الطريق هى الاوجه واختارها الامام السرخسى وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر كما فى الفوائد الظهيرية والذخيرة ولكن الاول ظاهر الرواية وفى الخانية فان أسقط الخيار فى الايام الثلاثة أو أعتق العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا فى قول أبى حنيفة ويلزمه الثمن وان حدث عند المشترى فى الايام الثلاثة عيب ان كان عيبا يحتمل زواله فى مدة الخيار كالمرض لا يبطل خياره الا أنه لا يملك الرد قبل زوال العيب وان حدث به ما لا يحتمل الزوال لزمه البيع اه وفى المعراج لو شرط الخيار أبدا أو مطلقا أو موقتا بوقت مجهول فسد بالاجماع وأما فى أربعة أيام ونحوها فكذلك عند أبى حنيفة ولو كان الخيار الى قدوم فلان أو الى هبوب الريح فاسقطاه لم يجز البيع عند أبى يوسف ولو شرط الخيار لنفسه بعد شهر جاز عند أبى يوسف فى الشهر وله الخيار بعده يوما كذا فى المجتبى ولم أرهم ذكروا للاختلاف السابق ثمرة وينبغى أنه لو كان عبدا فاعتقه قبل قبضه لم يصح على القول بانعقاده فاسدا ويصح على القول بالوقف وظاهر الخانية انه ينقلب جائزا بالاعتاق فلم تظهر الثمرة ويمكن أن يقال تظهر فى حل مباشرته وحرمتها كما لا يخفى وفى الاسبيجابى الاصل عند أصحابنا الثلاثة ان الفساد على ضربين فساد قوى دخل فى صلب العقد وهو البدل أو المبدل وفساد ضعيف لم يدخل فى صلب العقد وانما دخل فى شرط مستعار زائد على العقد فالاول لا ينقلب الى الجواز برفع المفسد كما اذا باع بالف درهم ورطل من خمر ثم حط عن المشترى الخمر لا ينقلب الى الجواز وأما الفساد الضعيف فكمسئلة الكتاب وأما اذا باع الى الحصاد أو الدياس ثم أبطل صاحب الاجل الاجل أو نقد الثمن انقلب الى الجواز ولو مضت المدة المجهولة تأكد ومن الثانى اشتراطه فى عقد السلم فان أبطله من له الخيار قبل التفرق صح ان كان رأس المال قائما اه (فرع) لا يصح تعليق خيار الشرط بالشرط فلو باعه حمارا على انه ان لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله والا لا لم يصح وكذا اذا قال ما لم يجاوزه الى الغد كذا فى القنية (قوله ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع صح والى أربعة لا) أى لا يصح يعنى عندهما وقال محمد يجوز الى ما سماه والاصل فيه ان هذا فى معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به فالامام رحمه الله تعالى مر على أصله فى الملحق به ونفى الزيادة على الثلاثة وكذا محمد فى تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس وفى هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه

فاذا أجاز فى الثلاث صح ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع صح والى أربعة لا

(قوله فى حل مباشرتها وحرمتها) أى وحرمة المباشرة أى مباشرة العقد

بيع بشرط شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد أولى وجه الاستحسان ما بينا كذا في الهداية وما ذكره من أن أبا يوسف مع الامام قوله الاول وقد رجع عنه والذي رجع اليه انه مع محمد كذا في غاية البيان وفي شرح المجمع الاصح انه مع أبي حنيفة وكثير من المشايخ حكموا على قوله بالاضطراب وظاهر هذا الشرط أن المشتري ان لم ينقد الثمن في المدة فان البيع ينفسخ لقوله فلا بيع بينهما ولذا قال في المحيط و ينفسخ البيع ان لم ينقد فان كان المبيع عبدا قد أعتقه أو باعه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت الثلاثة نفذ عتقه و بيعه لان هذا بمعنى شرط الخيار لان الاجازة والفسخ تعلقا بفعل المشتري وهو النقد في الثلاثة وترك النقد فيها ولو أعتقه أو باعه في خيار الشرط يلزم البيع فكذا هذا ولو أعتقه بعد مضي الثلاثة ولم ينقد الثمن لم يذكره في ظاهر الرواية وذكر في النوادر وقال ان كان قبل القبض لا ينفذ عتقه و بعد القبض ينفذ و يجعل البيع فاسدا بمضي ثلاثة أيام متى ترك النقد ولم يجعله مفسوخا لان قوله ان لم أنقد الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا توقيت للبيع وليس بفسخ له نصا في ترك النقد في الثلاثة صار كانه قال بعتك هذا العبد الى ثلاثة أيام فيكون توقيتا للبيع وهو لا يقبل التوقيت فصار بمنزلة شرط فاسد فيفسد البيع اهـ وهذا ما قاله في الفوائد الظهيرية هنا مسئلة لا بد من حفظها هي انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ لا ان كان في يد البائع اهـ وقد علمت انها رواية النوادر وفي الخانية ولو مضت الثلاثة ولم ينقده أشار في المأذون الى انه ينفسخ البيع والصحيح انه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الايام الثلاثة نفذ ان كان في يده وعليه قيمته لا ان كان في يد البائع اهـ والخلاف السابق فيما لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة ثابت هنا فيفسد عنده ويرتفع بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب اليه العراقيون وموقوف على ما ذهب اليه الخراسانيون كذا في الذخيرة وأشار المصنف الى جواز هذا الشرط للبائع وفي الذخيرة واذا باع عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلاثة فلا بيع بينهما كان جائزا وهو بمعنى شرط الخيار للبائع اهـ فان أعتقه البائع صح اعتاقه وان أعتقه المشتري لا يصح كذا في الخانية والعجب ان في مسئلة الكتاب المنتفع بهذا الشرط هو البائع مع انهم جعلوا الخيار للمشتري باعتبار انه المتمكن من امضاء البيع بالنقد ومن فسخه بعدمه وفي عكسه المنتفع بهذا الشرط هو المشتري مع انهم جعلوا الخيار للبائع باعتبار ان البائع متمكن من الفسخ ان رد الثمن في المدة ومن الامضاء ان لم يرده وفي الذخيرة والخانية ولو اشترى عبدا وقبضه ثم وكل المشتري رجلا على انه ان لم ينقد الثمن الى خمسة عشر يوما فان الوكيل يفسخ العقد بينهما جاز البيع لان الشرط لم يكن في البيع فيجوز البيع و يصح الشرط حتى لو لم ينقد الثمن الى خمسة عشر يوما كان للوكيل أن يفسخ وفي الخانية اشترى جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وقبض المشتري فباع ولم ينقد الثمن حتى مضت الايام الثلاثة جاز بيع المشتري وللبائع الاول على المشتري الاول الثمن كما لو باع بشرط الخيار للمشتري ثلاثة أيام وكذا لو قتلها المشتري في الايام الثلاثة أو ماتت أو قتلها أجنبي خطأ وغرم القيمة لزم البيع ولو كان المشتري وطئها وهي بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الايام الثلاثة قبل أن ينقد الثمن خير البائع ان شاء أخذها مع النقصان ولا شيء له من الثمن وان شاء ترك وأخذ ثمنها اهـ وفي المحيط لو قطع المشتري يدها وقبضها بعد الثلاثة ولم ينقد الثمن خير البائع ان شاء سلمها له وان شاء أخذها ونصف الثمن وفي التتارخانية

(قوله وفي الذخيرة والخانية ولو اشترى عبدا الخ) هذه من مسائل بيع الوفاء وما ذكر فيها من الحكم على القول الخامس الآتي في كلام المؤلف كذا نبه عليه في النهر

لو قطعها أجنبي في الثلاثة فقد لزم البيع اهـ ثم قال في المحيط فان كان افتضها ضمنه من الثمن ما نقصها ولو ولدت بعد الثلاثة وماتت كان البائع بالخيار ان شاء أخذ الولد وضمنه حصتها من الثمن وان شاء سلم الولد بالثمن مع أمه لان البيع لا ينفسخ لعدم النقد في الثلاثة مادام الولد قائما في يد المشتري لان الزيادة المنفصلة مانعة من الانفساخ الا انه مات الاصل وبقي التبع فله أن يختار التبع بحصته من الثمن ولو كان الثمن عرضا أو عبدا وحدث ذلك كله في الثلاث ثم مضت الثلاث فـلا يمنع الفسخ اذا كان الثمن دراهم ينعه هنا وما لا فلا وما أثبت الخيار هناك أثبته هنا ولو مضت الثلاثة ثم حدث ذلك كله فهو مثل الاقالة لانه لما مضت الثلاثة انتقض البيع وعاد كل عرض الى ملك صاحبه اهـ ثم اعلم ان بالقاهرة بيعا يسمى بيع الامانة كما ذكره الزيلعي ويسمى أيضا الرهن المعاد كما في الملتقط ويسماه الفقهاء بيع الوفاء ويذكرونه في موضع من ثلاثة فمنهم كالبزازي من ذكره في البيع الفاسد ومنهم من ذكره هنا عند الكلام على خيار النقد كقاضيخان ومنهم من ذكره في الاكراه كالزيلعي وذكره هنا أنسب لانه من افراد مسئلة خيار النقد وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على اني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول البائع بعتك هذا بكذا على اني متى دفعت لك الثمن تدفع العين الي فقد اختلفوا فيه على ثمانية أقوال مذكورة في البزازية الاول ما اختاره صاحب المنظومة انه رهن حقيقة فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به الا باذن البائع ويضمن ما أكل من نزله وما أتلف من الشجرة ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن ما زاد كالامانة ويسترد عند قضاء الدين الثاني انه بيع صحيح باتفاق مشايخ الزمان للعرف وما يفعله البائع من التعمير وأداء الخراج فهو بطريق الرضا الا الجبر كما لا يجبر على ترك الوفاء وجعله باتا وللمشتري المطالبة بالثمن فان انهدمت الدار لا يجبر البائع على رد الثمن وكذا اذا كان المبيع عينا هالك فانه يتم الامر ولا سبيل لاحدهما على الآخر وذكر الزيلعي ان الفتوى على انه بيع جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به الا أنه لا يملك بيعه للغير الثالث ما اختاره قاضيخان وقال الصحيح انه ان وقع بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ان شرطا فسخه في العقد أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع وعندهما هذا البيع غير لازم فالبيع فاسد وان ذكرا البيع بلا شرط ثم شرطاه على وجه المواعدة جاز البيع ولزم الوفاء وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فرارا من الربا فبلخ اعتادوا الدين والاجارة وهي لا تصح في الكروم وبخارى الاجارة الطويلة ولا يكون ذلك في الاشجار فاضطروا الى بيعها وفاء وما ضاق على الناس أمرا الا اتسع حكمه وقد نص في غريب الرواية عن الامام أن البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها في العقد وهي والوفاء واحد الرابع ما قاله في العدة واختاره ظهير الدين انه بيع فاسد ولو ألحقاه بالبيع التحق وأفسده ولو بعد المجلس على الصحيح ولو شرطاه ثم عقدا مطلقا ان لم يقرا بالبناء على الاول فالعقد جائز ولا عبرة بالسابق كما في التلجئة عند الامام الخامس ما اختاره أئمة خوارزم انه اذا أطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلا يفسخ البيع اذا أحضر البائع الثمن أو عهد انه اذا أوفاه يفسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش أو وضع المشتري على أصل المال ربحا بان وضع على مائة عشرين دينارا فرهن والا فبيع بات القول السادس ما اختاره الامام الزاهد ان الشرط اذا لم يذكر في البيع كان بيعا صحيحا في حق المشتري حتى ملك الانزال ورهنا في حق البائع فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه الى غيره وأجبر على الرد اذا أحضر الدين لانه كالزرافة مركب من البيع والرهن ككثير من الاحكام له حكمان كالهبة حال المرض وبشرط العوض فجعلناه

كذلك

(قوله لانه من افراد مسئلة خيار النقد) قال في النهر انما يكون من افراده بناء على القول بفساده ان زاد على الثلاث لا على القول بصحته اذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام وبيع الوفاء غير مقيد بها فانى يكون من أفراده

كذلك لحاجة الناس اليه فرارا عن الربا فبلخ اعتادوا الدين والاجارة وهى لا تصح فى الكروم وأهل بخارى اعتادوا الاجارة الطويلة ولا تمكن فى الاشجار فاضطروا الى بيعها وفاء وما ضاق على الناس أمر الا اتسع حكمه وقد نص فى غريب الرواية عن الامام ان البيع لا يكون تلجئة حتى ينص عليها فى العقد وهى والوفاء واحد واختار الصدر الشهيد تاج الاسلام والامام المرغينانى والامام علاء الدين المعروف ببدران البيع بشرط الرد عند نقد الثمن ان المشترى يملكه وقال الامام علاء الدين يملكه انتفاعا فان باعه المشترى من غيره أجابوا سوى علاء الدين بصحة البيع الثانى لانه سلمه البائع الاول الى المشترى برضاه القول السابع انه غير صحيح واختاره صاحب الهداية وأولاده ومشايخ زماننا وعليه الفتوى أعنى لا يملك المشترى بيعه من الغير كما فى بيع المكره لا كالبيع الفاسد بعد القبض وسئل الصدر عنه بانه يجعل فاسدا او يمنع من الاسترداد بعد البيع من غيره كالفاسد وان قضى الدين قال هذا كبيع المشترى من المكره قيل له فان أكل المشترى غلة الكرم والارض والدار قال حكمه حكم الزوائد فى البيع الفاسد يعنى انه يضمنه اذا استهلكه ولا يغرم ان هلك كزوائد المغصوب القول الثامن الجامع لبعض المحققين انه فاسد فى حق بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح فى حق بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه وانقسم الثمن ان دخله نقصان كما فى الرهن قلت هذا العقد مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس اليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما اه وفى المستطرف الزرافة حيوان عجيب الخلقة ولما كان مالوفها الشجر خلق الله يديها أطول من رجليها وهى ألوان عجيبة يقال انها متولدة من ثلاث حيوانات الناقة الوحشية والضبع والبقرة الوحشية فينزو الضبع على الناقة فتأتى بذكر فينزو ذلك الذكر على البقرة فتتولد منه الزرافة والاصح انه خلقة بذاته ذكروا أنثى كبقية الحيوانات وقد فرع فى البزازية فروعا كثيرة يحتاج اليها فى بيع الوفاء تركناها خوفا من الاطالة وينبغى أن لا يعدل فى الافتاء عن القول الجامع (قوله فان نقد فى الثلاث صح) يعنى فى قولهم جميعا وقدمنا صفة انعقاده فى الابتداء اما فاسد أو موقوف كما فى خيار الشرط ولم أر ثمرة للاختلاف فانه اذا أسقطه قبل دخول الرابع جاز اتفاقا وان دخل تقرر فساده اتفاقا ولعل الثمرة تظهر فى حل الاقدام عليه وعدمه ويمكن أن يقال فى ثبوت الملك بالقبض فمن قال بفساده أثبته ومن قال بالوقف نفاه (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة فلا يتم مع الخيار فينفذ عتق البائع ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع ودل كلامه على ان خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه للعلة المذكورة وان الخيار اذا كان لهما لم يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشترى وفى البدائع ان حكم البيع بخيار موقوف على معنى انه لا يعرف له حكم للحال والخيار مانع من انعقاد الحكم وفى المعراج الا ان السبب المنعقد فى الاصل يسرى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونه محلا له عند وجود الشرط فكما يثبت الحكم فى الاصل يثبت فى الزوائد اه يعنى فالاصل وان بقى على ملك من له الخيار لا يملك الزوائد اذا أجيز البيع وفى الخانية ان الاولاد والاكساب فيما اذا كان الخيار للبائع تدور مع الاصل فان أجيز كانت للمشترى وان فسخ كانت للبائع وان كان الخيار للمشترى فحدثت عند البائع فكذا الجواب وان حدثت عند المشترى كانت له تم البيع أو انتقض قيل هذا قولهما اما على قوله فهى دائرة

(قوله فبلخ الخ) هكذا وجد بعامة النسخ مكررا مع السابق وليس تكرارا فى الحقيقة بل دعا اليه تعليل كل من القولين فليتأمل اه مصححه

فان نقد فى الثلاث صح وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه

(قوله وفى الخانية ان الاولاد والاكساب الخ) مقتضى هذا ان الزيادة المنفصلة المتولدة كالاولاد لا تمنع الرد ويبقى الخيار للمشترى معها وهو مخالف لما سيأتى فى شرح قوله وتم العقد حيث ذكر انها تمنعه اتفاقا وكذا سيأتى قريبا فى شرح قوله كتعيبه

مع الاصل وفي جامع الفصولين لو كان الخيار الى البائع فسلم المبيع الى المشترى فلو سلمه على وجه التمليك بطل خياره لا لو سلمه على وجه الاختبار ولو حط عنه شيأ من الثمن فعلى قياس مسئلة الابراء ينبغي أن يبطل خياره اه وقال قبله باع بخيار فوهب ثمنه للمشترى في المدة أو أبرأه عن ثمنه أو شرى به شيأ من المشترى صح تصرفه و بطل خياره ولو اشترى من غير المشترى شيأ بذلك الثمن بطل خياره ولم يجز شراؤه اه وكتبنا في الفوائد من الفائدة الرابعة ان خيار الشرط في البيع يمنع الحكم ولا يبطل البيع الا في مسئلة ما اذا شرط الخيار في بيع الفضولي فانه مبطل البيع ولا يتوقف لان الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط مبطلا كذا في فروق الكرابيسي وفيها أيضا من الحادية والخمسين بعد المائتين لا يصح الابراء عن الدين قبل لزوم أدائه الا في مسائل فلينظر ثمة واذا كان الخيار للبائع فانه يملك مطالبة المشترى بالثمن بخلاف ما اذا كان للمشترى كما في جامع الفصولين وان هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شئ عليهما كما في المطلق عنه وان تعيب في يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق وان كان العيب بفعل البائع ينتقص البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط به حصته من الثمن كذا ذكر الشارح ثم اعلم ان الخيار اذا كان للبائع ثم أجازه فالملك للمشترى يقتصر على وقت الاجازة ولا يستند الى وقت العقد لما في الخانية رجل اشترى ابنه من رجل على ان البائع بالخيار ثم مات المشترى فاجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه اه فعدم ارثه دليل على الاقتصار ولكن عتقه يدل على الاستناد والا لم يعتق كما لا يخفى (قوله وبقبض المشترى يهلك بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة كذا في الهداية والمراد بالقيمة في المشبه والمشبه به البدل يشمل المثلى فانه مضمون بالمثل والقيمى هو المضمون بالقيمة والكلام هنا في موضعين في حكم المشبه وهي مسئلة الكتاب ولا فرق بين هلاكه في مدة الخيار مع بقائه أو بعدما فسخ البائع البيع كما في جامع الفصولين وأما اذا هلك في يده بعد المدة من غير فسخ فيهما فانه يهلك بالثمن لسقوط الخيار وفي مسئلة الكتاب اذا ادعى البائع هلاكه في يده ووجوب القيمة له وادعى المشترى أنه أبق من يده فالقول للمشترى مع يمينه لان الظاهر حياته ويجوز البيع على البائع و يتم لان بمضى الثلاثة يسقط خياره وكذا لو كان البائع هو الذي يدعى الاباق والمدعى يدعى الموت فالقول للبائع مع يمينه كذا في السراج الوهاج ولم يذكر المصنف حكم ما اذا دخله عيب في يد المشترى وفي السراج الوهاج ان كان من ذوات القيم يجب عليه ضمان ما نقص يوم القبض وان كان مثليا فليس له أن يضمنه نقصانه لشبهة الربا اه وفي جامع الفصولين باع أرضا بخيار وتقابضا فنقض البائع في المدة فتبقى الارض مضمونة بالقيمة على المشترى وله حبسها بالثمن دفعه الى البائع فلو أذن البائع بعده للمشترى في زراعتها فزرعها تصير الارض أمانة عند المشترى وللبائع أخذها منه متى شاء قبل أداء الثمن وليس للمشترى حبسها بالثمن لانه لما زرعها صار كانه سلمها الى البائع اه وأما الثاني أعني المشبه به وهو المقبوض على سوم الشراء فاطلقه في الهداية وقيده في أكثر الكتب بان يسمى ثمنه وعبارة الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى نص عليه الفقيه أبو الليث في بيوع العيون فانه ذكر اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن وان قال ان رضيته اشتريته

وبقبض المشترى يهلك بالقيمة

(قوله فعدم ارثه دليل على الاقتصار) قال في النهر بعد ان ذكر قول الخانية المار ان الاولاد والاكساب الخ وأنت خبير بان هذا يعين كونه مستندا وبه صرح الشارح في الزوائد وانما لم يستند الارث لان العقد لا يصلح ان يكون سببا كالعتق اذ سببه انما هو القرابة فتدبره

(قوله وهذا صريح فيما قلناه) قال الرملي الظاهر ان ذلك صادر من المشتري لا من البائع فكان شاهدا عليه لا له ثم ما تقدم عن الخانية صريح فيما قاله فتأمل اه قلت ونقل الطرسوسي عن الخانية أيضا رجل يبيع سلعة فقال لغيره انظر فيها فأخذها لينظر فيها فهلكت في يده لا يضمن وان قال الناظر بعد ما نظر بكم تبيع قالوا يكون ضامنا والصحيح انه لا يكون ضامنا الا اذا قال صاحب السلعة بكذا اه وأوله الطرسوسي بما اذا قال المشتري أيضا بكذا ليوافق ما حمل عليه كلامه من عدم الاكتفاء ببيان الثمن من البائع فقط وهذا يبعد ما في شرح نظم الكنز للعلامة المقدسي من ان المؤلف لم يدر مراد الطرسوسي فحمله على الخطا وذلك انه أراد انه لا بد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما أما الاول فظاهر وأما الثاني فبان يسمي أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به كما في قوله هاته فان رضيته أخذته بعشرة فان تسليمه بعد قوله دليل الرضا بخلاف قوله حتى أنظر فانه لم يوافقه على ما سمى بل جعله مغيا بالنظر وأعرض عما سمى وجميع ما ذكروه وفيه تسمية أحدهما وحكموا بالضمان فهو من ذلك القسم الثاني عند التأمل ومن نظر عبارة الطرسوسي وجدها تنادي بما ذكرناه اه ولم أر في كلام الطرسوسي ما ينادي بما ذكره بل الذي صرح به ان الضمان فيما لو ذكر البائع والمساوم في حالة المساومة ثمنا أو ذكره المشتري وحده وقال أيضا ولو كان يكتفى بذكر الثمن من جهة البائع وحده لكان يجب الضمان في قولهم قال صاحب الثوب هو بعشرة أو خذه بعشرة وقال المساوم هاته حتى أنظر اليه وقبضه وضاع وهلك في يده انه يضمن وقد نصوا في جميع الكتب انه لا يضمن ونصوا في جميع الصور التي فيها ذكر الثمن من جهة المساوم وحده انه يضمن اه وبعد هذا فالظاهر ان المراد ما قاله المقدسي وان كان بعيدا من كلام الطرسوسي وذلك ان التسمية اذا كانت من المشتري تصح باعتبار ان البائع لما سلمه المبيع صار راضيا بها فكذا اذا كانت من البائع وقبضه المشتري راضيا بها

بعشرة فذهب به فهلك فانه يضمن القيمة وعليه الفتوى اه وفي الظهيرية أن هذا الشرط في ظاهر الرواية وذكر الطرسوسي في أنفع الوسائل بعد ذكر منقولات فتحرر أنه مضمون ان ذكر الثمن حالة المساومة والمراد بذكر الثمن فيه من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده فانه قال في القنية عن أبي حنيفة قال له هذا الثوب بعشرة فقال هاته حتى انظر اليه فان رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو على ذلك الثمن فجعل ذكر البائع وحده ليس بموجب للضمان وكذا في المسئلة التي ذكر بعد هذه لو قال ان رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم حتى انظر اليه وقبضه وضاع لا يلزمه شئ فعلمنا أن المراد ذكر الثمن من جهة المساوم لا من جهة البائع وحده الى آخر ما أطال فيه وقال فليعتن بهذا التحرير فانه فائدة جليلة قلت هو خطأ وبيان الثمن من جهة البائع وحده اذا أخذه المشتري بعده على وجه السوم كاف لضمانه فانه قال في الخانية رجل طلب من رجل ثوبا بالمشتري فأعطاه البائع ثلاثة أثواب فقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فاحمل الثياب الى منزلك فاي ثوب ترضى بعته منك فحمل فهلكت عند المشتري قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان هلكت الكل جملة أو على التعاقب ولا يدري الذي هلك أولا ولا الذي بعده ضمن المشتري ثلث كل ثوب وان عرف الاول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة عنده وان هلكت الثوبان وبقي الثالث فانه يرد الثالث لانه أمانة وأما الثوبان يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما اذا كان لا يعلم أيهما هلك أولا وان هلك واحد وبقي ثوبان يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين وان احترق الثوبان ونقص الثالث ثلثه أو ربعه ولا يعلم أيهما احترق أولا يرد ما بقي من الثالث ولا يضمن نقصان الحرق بقدره ويلزمه نصف ثمن كل واحد من الثوبين اه فهذا صريح في أن بيان الثمن من جهة البائع يكفي للضمان وفي الخلاصة والبزازية اذهب به ان رضيته اشتريته فذهب به فضاع لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به وضاع ضمن اه وهذا صريح فيما قلناه وقد اشتبه عليه المقبوض على سوم الشراء بالمقبوض على وجه النظر فان فيما نقله عن القنية انما قال المساوم حتى انظر اليه والمقبوض على وجه النظر أمانة وما ذكرناه عن أصحاب الفتاوى انما قال ان رضيته اشتريته والدليل على الفرق بينهما ما في الخانية قال ولو أخذ ثوبا على المساومة فدفعه اليه البائع وهو يساومه والبائع يقول هو بعشرة فهو على الثمن الذي قال البائع حتى يرد عليه المشتري وان ساومه فقال المشتري حتى انظر اليه فدفعه فضاع منه فليس على المشتري شئ لانه انما أخذه للنظر وان أخذه على غير النظر ثم قال حتى انظر اليه فقوله حتى انظر اليه لا يخرجه

(قوله فاما في الفصل الآخر الخ) قال في النهر وأقول في التتارخانية أخذ رجل ثوبا وقال اذهب به فان رضيته اشتريته فذهب به وضاع الثوب فلا شئ عليه ولو قال ان رضيته أخذته بعشرة فضاع فهو ضامن قيمته وفي النصاب وعليه الفتوى وهذا بناء على ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى اه وهذا بالقواعد أمس مما في فروق الكرابيسي من انه في الثاني يكون بيعا اه (قوله ليس بصحيح لما في الخانية الخ) قال في النهر لا نسلم انه غير صحيح اذ الطرسوسي لم يذكره تفقها بل نقلا عن المشايخ صرح به في المنتقى وعلله في المحيط بانه صار راضيا بالمبيع دلالة حملا لقوله على الصلاح والسداد وعزاه في الخزانة أيضا الى المنتقى غير انه قال وفي القياس تجب القيمة قال الطرسوسي وينبغي أن لا يزاد بها على المسمى كما في الاجارة الفاسدة وفيه نظر بل ينبغي أن تجب القيمة بالغة وقد صرحوا بذلك في البيع الفاسد فكذا هذا اه كلام النهر قلت ولا يرد ما نقله المؤلف عن الخانية لان المساوم اذا استهلك الثوب يكون راضيا بالثمن المذكور فصح البيع بالثمن بخلاف استهلاك وارثه لان الوارث غير عاقد فقول المؤلف والوارث كالمورث ممنوع يؤيده ما ذكره الطرسوسي عن المنتقى لو قال لآخر خذ هذا الثوب بعشرين فقال المشتري آخذه بعشرة فذهب بالثوب وهلكه في يده فعليه قيمته لانه قبضه بجهة البيع وقد بين له ثمنا ولو استهلكه فعليه عشرون لانه بالاستهلاك صار البيع بالمسمى دلالة حملا لفعله على الصلاح والسداد ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضيت انتقض جهة البيع فان استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته كما في حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع في يده مضمونا فكذا هنا اه فحيث انتقض البيع فكيف يكون الوارث كالمورث لان العقد صدر بين البائع والمورث وقد انتقض البيع بموته فيكون المبيع محض أمانة في يد الوارث فاذا استهلكه يلزمه قيمته بخلاف استهلاك المورث لانه يكون رضا بامضاء العقد ويفهم هذا من قول الخانية وكذا لو استهلكه وارث المشتري الخ فانه يفيد ان المورث لو استهلكه لا يكون كاستهلاك الوارث بل يلزمه الثمن لما قلنا

عن الضمان اه فهذا صريح في الفرق بينهما وفي الذخيرة معزيا الى أبي يوسف رجل ساوم رجلا بثوب فقال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى انظر اليه فدفعه اليه على ذلك فضاع لا يلزمه شئ علل فقال لانه أخذه على النظر اشارة الى أن هذا ليس بمقبوض على سوم الشراء اه فهذا صريح في الفرق بينهما أيضا وفي الفتاوى الظهيرية رجل قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى انظر اليه أو قال حتى أريه غيري فاخذه على ذلك فضاع في يده لم يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو قال هاته فان رضيته أخذته فضاع كان عليه الثمن اه وهذا صريح أيضا فثبت بهذه النقول من الكتب المعتمدة أنه لا فرق في المقبوض على سوم الشراء بين بيان الثمن من البائع أو من المشتري وحده ولقد صدق ختام المحققين ابن الهمام في فتح القدير حيث قال في كتاب الوقف ان الطرسوسي بعيد عن الفقه ثم رأيت الفرق بينهما أيضا صريحا في فروق الكرابيسي ومنها نقلت قال لو قال هذا الثوب لك بعشرة فقال هاته حتى انظر اليه أو حتى أريه غيري واخذه فضاع قال أبو حنيفة لا شئ عليه يعني يهلك أمانة وان قال هاته حتى انظر اليه فان رضيته أخذته فهلك فعليه الثمن والفرق أن في الفصل الاول أمره لينظر اليه أو ليريه غيره وذلك ليس ببيع فاما في الفصل الآخر أمره بالاتيان به ليرضاه ويأخذه وذلك بيع بدون الامر فمع الامر أولى اه والظاهر من كلامهم أنه لا فرق بين الهلاك أو الاستهلاك وما في الذخيرة عن أبي يوسف أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالثمن محمول على القيمة وما ذكره الطرسوسي من أنه ان هلك فمضمون بالقيمة وان استهلكه فمضمون بالثمن ليس بصحيح لما في الخانية اذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك في يده كان عليه قيمته وكذا لو استهلكه وارث المشتري بعد موت المشتري اه والوارث كالمورث وأما مقبوض الوكيل بالسوم فقال في الخانية الوكيل بالشراء اذا أخذ الثوب على سوم الشراء فاراه الموكل ولم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل الا أن يأمره الوكيل بالاخذ على سوم الشراء فحينئذ اذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اه وفي البزازية غلط وسلم غير المبيع وهلك ضمن القيمة لانه قبضه على جهة البيع بعث رسولا الى البزاز وقال ابعث الي ثوب كذا فبعث اليه البزاز معه أو مع غيره فضاع الثوب قبل الوصول الى الآمر وتصادقوا عليه لا ضمان على الرسول ثم ان كان رسول الآمر فالضمان على الآمر وان كان رسول البزاز فلا ضمان على أحد لكن اذا وصل الى الآمر ضمن الآمر

(قوله وماقبض على سوم القرض) ظاهره ان هذا غير ماقبله مع ان المفهوم من آخر المسئلة ان المراد به ماقبله فما في قوله وما قبض نكرة بمعنى رهن (قوله وماقبض على سوم النكاح مضمون الخ) قال بعض الفضلاء ظاهره انه لا فرق بين أن يكون المهر مسمى أولا ولقائل أن يقول هذا اذا كان المهر مسمى قياسا على المقبوض على سوم الشراء فانه لا يكون مضمونا الا بعد تسمية الثمن على ماعليه الفتوى فيكون المقبوض على سوم النكاح مضمونا اذا كان المهر مسمى والا فلا ولم أر في المسئلة نقلا غير ان اطلاق العبارة يقتضي الضمان مطلقا الا أن يوجد نقل صريح بخلافه وعليه فيحتاج للفرق بينهما فانه لا يضمن الا بعد تسمية الثمن وكذا المقبوض على سوم الرهن فانه لا يكون مضمونا الا اذا سمى مايرهن به في الاصح فيحتاج الى الفرق بينهما أيضا قال وقد ظهر لي فرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم الرهن وبين المقبوض على سوم النكاح ١٣ وهو ان المهر مقدر شرعا من حيث هو والمقدر شرعا مسمى شرعا والمسمى شرعا معتبر مطلقا ألا ترى انه لو تزوج على ان لامهر صح ويجب مهر المثل ولو اشترى على ان لاثمن كان باطلا اعتبارا للتسمية الشرعية في المهر ولذا كان المقبوض على سوم النكاح مضمونا سواء سمى المهر أولا لانه مسمى شرعا فاعتبر ذلك لوجوب الضمان بخلاف الثمن ومايرهن به فان ذلك غير مقدر شرعا فلابد من التسمية لوجوب الضمان فيهما اه ورده بعض الفضلاء قائلا لم يظهر لي هذا الفرق لان المقبوض على سوم الشراء انما وجبت القيمة فيه اذا سمى الثمن فيملك المقبوض لان كلا من الثمن والقيمة هو بدل العين فلما سمى أحدهما أوجب الآخر وأما المهر وان كان مسمى شرعا فليس من جنس القيمة لان المهر بدل المتعة كما هو مقرر والقيمة بدل العين فلا مناسبة بين المهر والقيمة فلا توجب تسمية أحدهما الآخر لانه ليس من جنسه فلا دخل لتسمية المهر شرعا في وجوب القيمة كما لايخفى عند التأمل قال والذي ظهر لي في الفرق هو انه لما كان المقصود في البيع المال كان عدم ذكر الثمن دليلا على ان البائع انما دفعه للمستام على وجه الامانة والمستام انما قبضه كذلك وأما اذا سمى ثمنا فهو مضمون بالقيمة لانه متى بين ثمنا يكون الاستيام أخذا للعقد فيكون وسيلة العقد فالحق بحقيقة العقد في حق الضمان دفعا للضرر عن المالك لانه مارضي بقبضه الا بعوض فصار القابض ملتزما للعوض وعوضه الاصلي هو القيمة مالم يصطلحا ويتفقا على المسمى وصرح في الدرر من كتاب المضاربة بان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على وجه المبادلة ومتى لم يبين ثمنا لم يكن أخذه للعقد فلا يمكن الحاقه به كذا في

وخيار المشتري لايمنع ولا يملك

وكذا لو أرسل الى آخر وقال أرسل الى عشرة دراهم قرضا فارسل معه فالآمر ضامن اذا أقر انه رسوله فان بعثه مع غير رسوله لاضمان على الآمر قبل أن يصل وكذا الدائن اذا بعث رسولا لقبض دينه فبعث معه وضاع يكون من مال الدائن وان مع الآخر لا حتى يصل اليه اه ثم اعلم أن المقبوض على سوم الشراء اذا بين ثمنه مضمون وان اشترط أن لاضمان فيه لما في البزازية استباع قوسا وتقرر الثمن فمده باذن البائع أو قال له ان انكسر فلا ضمان عليك فمده وانكسر يضمن قيمته وان لم يتقرر الثمن فلا ضمان ولو بالاذن لان اشتراط عدم الضمان في المقبوض على السوم باطل وعن الامام أراه الدرهم لينظر اليه فغمزه أو قوسا فمده فانكسرا أو ثوبا فتخرق ضمن ان لم يأمره بالغمز والمد واللبس وقيل ان كان لايرى الا بالغمز لا يضمن ان لم يجاوز ويصدق في أنه لم يجاوز اه وفي جامع الفصولين المقبوض على سوم الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وماقبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع الا أن في البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض وماقبض على سوم النكاح مضمون يعني لو قبض أمة غيره ليتزوجها باذن مولاها فهلكت في يده ضمن قيمتها والمهر قبل تسليمه مضمون وكذا بدل الخلع في يد المرأة يعني لو تزوجها على عين أو خالعها فهلكت قبل قبضه يلزمه مثله في المثلي وقيمته في القيمي اه ذكره في الثلاثين منه (قوله وخيار المشتري لايمنع ولا يملك) أي لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع فيخرج عن ملكه للزومه من جهة من لا خيار له فلو أعتقه البائع لم يصح اعتاقه ولو كان البائع حلف وقال ان بعته فهو حر فباعه بخيار للمشتري لم يعتق لخروجه عن ملكه ولو باعه بخيار له عتق ولا يملكه المشتري عند الامام رحمه الله تعالى لكن يصح اعتاقه ويكون امضاء كما في الخانية وفيها باع عبدا بجارية على أن بائع العبد بالخيار ثلاثة أيام فاعتق البائع العبد في الثلاثة أيام نفذ عتقه في قولهم ويبطل البيع لانه أعتق ملك نفسه وان أعتق الجارية جاز ويكون اسقاطا للخيار ويتم ولو أعتقهما في كلام واحد نفذ عتقه لعدم الاولوية فيهما أو يغرم قيمة

الجارية ولا ينفذ اعتاق المشتري في العبد ولا في الجارية ولو كان الخيار للمشتري انعكست الاحكام اه وقالا علكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر وأورد على قوله لزوم السائبة ورد بانها هي التي لا ملك فيها لاحد ولا علقة ملك والعلقة موجودة هنا وأورد أيضا استحقاق الشفعة بما بيع بخيار للمشتري وهو دليل على ملكه وأجيب بان استحقاقها لم ينحصر في الملك بل هو أو ما في معناه من كونه أحق بها تصرفا بدليل صحة اعتاقه كاستحقاق العبد المأذون لها مع أنه لا ملك له حقيقة وهو تكلف لا يحتاج اليه لما سيأتي أن البيع ينبرم في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا ثم اعلم أن قولهما في دليلهما ولا عهد لنا به في الشرع معناه في باب التجارة والمعاوضات فاندفع عنهما ما أورد من شراء متولي أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لخدمتها وعبد الوقف اذا ضعف وبيع واشترى ببدله آخر لم يملكه المشتري لانه من باب الاوقاف وكذا الاتر دالتركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة والغرماء للقيد المذكور وأما حكم جناية العبد في مدة الخيار فان كان الخيار للبائع فاجاز البيع لم يكن مختارا للفداء وخير المشتري بين الدفع والفداء وان فسخ البيع خير البائع كذلك وفي الاول انما يخير المشتري بين الدفع والفداء اذا اختار امضاء البيع فان اختار المشتري فسخه فالخيار للبائع للعيب الحادث في يد البائع فان كانت في يد المشتري فالبائع على خياره فان أجاز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد وخير بين الدفع والفداء فان كان الخيار للمشتري فجني في يده في مدته لم يكن له أن يرده على بائعه ولو بيعت دار بخيار لاحدهما فوجد فيها قتيل فالدية على عاقلة ذي اليد عنده وعندهما على من يصير الملك له ولا يكون وجود القتيل عيبا فلا خيار للمشتري بخلاف جناية العبد المبيع فانها عيب كذا في التتارخانية وقول الامام ولا أصل له في الشرع معناه في المعاوضة فلا يرد عليه المدبر اذا غصب وضمن الغاصب قيمته فانه يملكه فقد اجتمع العوضان في ملك السيد لانه ضمان جناية لاضمان معاوضة كذا في المعراج وفتح القدير ولكن يرد عليه باب السلم فان المسلم اليه ملك رأس مال السلم والمسلم فيه فقد اجتمعا في المعاوضة وأجيب بان المسلم فيه دين لرب السلم في ذمة المسلم اليه فهو كالثمن يملكه البائع في ذمة المشتري وأورد المنافع والاجرة المعجلة ملكهما المؤجر وأجيب بانها معدومة فلا ملك لها واذا حدثت ملكها المستأجر كذا في البناية وقيد بالمبيع لان الثمن لا يخرج عن ملك المشتري اجماعا كما بيناه وفي السراج الوهاج والنفقة تجب على المشتري بالاجماع اذا كان الخيار له بخروج المبيع عن ملك البائع ولو تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار والخيار له جاز تصرفه اجماعا ويكون اجازة منه اه وفي الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة ان تم البيع كانت للمشتري وان فسخ كانت للبائع اه وفي جامع الفصولين المشتري بالخيار لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به اه فان قلت ذكر في جامع الفصولين أيضا أن الخيار اذا كان للمشتري فابرأه البائع عن الثمن لم يجز ابراؤه اه وفي التتارخانية وروى عن محمد جوازه فينبغي أن لا يصح الرهن أيضا قلت الابراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لان الثمن باق على ملكه والرهن لا يشترط له وجود الدين حقيقة بدليل صحته على الدين الموعود به وقد بيناه

الحواشي الحموية من النكاح أقول وما ذكره آخرا من الفرق انما هو في جانب البيع وأما في جانب النكاح فلم يتعرض له مع انه محل الخفاء فلم يحصل من كلامه فائدة تأمل (قوله فينبغي أن لا يصح الرهن أيضا) تفريع على قوله لم يجز ابراؤه وقوله قلت الخ جواب عنه

فيما كتبناه من حواشي جامع الفصولين ولكن نقل بعده أن عدم صحة الابراء قول أبي يوسف وفي المعراج أن عدم صحته قياس والاستحسان صحته لانه ابراء بعد وجود السبب وهو البيع والدليل على أن الابراء يعتمد تعلق الحق لاحقيقة الدين لو أبرأ البائع الموكل عن ثمن ما اشتراه الوكيل فانه يصح الابراء مع أن الثمن على الوكيل والدليل على التعلق بالموكل أن المشتري لو أتى بالثمن للموكل فانه يجبر على القبول ولو كان للمشتري دين على الموكل صار قصاصا بالثمن ولولاه لم يجبر ولم يصر قصاصا كما في الضيرفية وفي السراجية اشترى على أنه بالخيار لم يجبر البائع على تسليم المبيع وان نقد المشتري الثمن وفي التتارخانية (قوله وبقبضه يهلك بالثمن) أي اذا كان الخيار للمشتري وقبض المبيع وهلك في يده فانه يهلك بثمنه بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع والفرق أنه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان للبائع لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف وفي السراج الوهاج والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص والقيمة ما قوم به الشئ بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان والاستهلاك كالهلاك كما سيأتي وأطلقه فشمل ما اذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما واسقط البائع خياره فان أجاز البيع ثم هلك في مدته فان البيع يلزم بالثمن كما في التتارخانية (قوله كتعيبه) يعني اذا تعيب في يد المشتري والخيار له فانه يلزمه الثمن لانه صار بذلك ممسكا بعضه فلو رده لتفرقت الصفقة على البائع قبل الاتمام وهو لا يجوز فلزم البيع وسقط الخيار أطلقه فشمل ما اذا عيبه المشتري أو أجنبي أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع كما في النهاية ولكن ليس باقيا على اطلاقه وانما المراد به عيب يلزم ولا يرتفع كما اذا قطعت يده وأما ما يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره ان زال المرض في الايام الثلاثة وأما اذا مضت والعيب قائم لزم البيع لتعذر الرد كما في النهاية أيضا وفي الصحاح عاب المتاع أي صار ذا عيب وعيبه نسبه الى العيب وعيبه أيضا اذا جعله ذا عيب وتعيب مثله اهـ وقد ذكر المصنف حكم هلاكه في يد المشتري ونقصانه ولم يذكر حكم زيادته عنده وحاصله أن الزيادة منفصلة كانت أو متصلة سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض وذهاب البياض من العين أولا كالصبغ والعقر والكسب والبناء وغرس الارض يمنع الفسخ الا في المنفصلة الغير المتولدة فانها لا تمنع كما في التتارخانية وفي البناية أن التعيب اذا كان بفعل البائع في يد المشتري لم يسقط خيار المشتري فان أجاز البيع ضمن به البائع النقصان اهـ فيستثنى من اطلاق المصنف مسئلتان ما اذا كان العيب يرتفع وما اذا كان بفعل البائع ولكن ذكر في فتح القدير ان هذا قول محمد وأما عندهما اذا تعيب بفعل البائع يلزم البيع وقد وعدنا بذكر مسائل المبيع اذا هلك في البيع الذي لا خيار فيه أو بخيار فاذا كان في يد البائع بآفة سماوية أو باستهلاك البائع أو كان حيوانا فقتل نفسه يبطل البيع لانه مضمون بالثمن فيسقط الثمن فلا يكون مضمونا بالقيمة لانه لا يتوالى على شئ واحد ضمانان وان أتلفه المشتري والبيع بات أو بخياره لزم الثمن وان كان للبائع والبيع فاسد لزم المثل في المثلي والقيمة في القيمي وان بفعل أجنبي خير المشتري فان فسخ وعاد الى ملك البائع ضمن الجاني المثل أو القيمة والمضمون ان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب وان من خلافه طاب وان اختار المشتري أيضا البيع اتبع الجاني بالمثل أو بالقيمة وحكم الفضل ما ذكرناه في جانب البائع واختياره اتباع الجاني قبض عند الثاني خلافا لمحمد وأثره فيما

و بقبضه يهلك بالثمن كتعيبه

(قوله وفي التتارخانية) كذا في نسخة المؤلف (قوله وأما عندهما اذا تعيب بفعل البائع يلزم البيع) أي ويرجع المشتري بالارش على البائع كما يأتي في شرح قوله وتم العقد

(قوله فان حبس بعد سقوط حقه من الحبس فعلى المشترى كل الثمن) سقط من هنا بعض عبارة البزازية وهو وعلى البائع حصة ما تلف ولو هلك البعض بعد القبض فعلى المشترى الا اذا كان الخ (قوله وتمامه فى الفتاوى البزازية) ونصه وهذا كله اذا لم يكن قبض المشترى ظاهرا فان كان ظاهرا وادعى كل استهلاك الآخر فالقول للبائع وأى برهن قبل وان برهنا فللمشترى

اذا توى على الجانى وفيما اذا أخذ من الجانى مكانه شيأ آخر جاز عند الثانى وان هلك بعد القبض فعلى المشترى الا اذا أتلفه البائع والقبض بلا اذنه والثمن حال غير منقود فالبائع يصير مستردا و يبطل البيع وسقط الثمن عن المشترى وان هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف وخير المشترى بين الفسخ والامضاء وان بفعل أجنبى فالجواب فيه كما اذا هلك كله وان بآفة سماوية ان نقصان قدر طرح عن المشترى حصة الفائت من الثمن وله الخيار فى الباقى وان نقص وصف لا يسقط شئ من الثمن لكنه يخير بين الاخذ بكل الثمن أو الترك والوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالاشجار والبناء فى الارض وأطراف الحيوان والجودة فى الكيلى والوزنى وان بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك وان بفعل المشترى صار قابضا اما تلف بالاتلاف والباقى بالتعيب فان هلك الباقى قبل حبسه فعلى المشترى وان بعد الحبس فعلى البائع وعلى المشترى حصة ما أتلفه لاغير فان حبس بعد سقوط حقه من الحبس فعلى المشترى كل الثمن الا اذا كان بفعل البائع فان لم يكن له حق الاسترداد فهو كالاستهلاك من الاجنبى وان كان له حق الاسترداد انفسخ البيع فى قدر ما تلف وسقط حصته من الثمن فلو هلك الباقى فى يد المشترى لزمه قسطه من الثمن الا اذا هلك الباقى من سراية جناية البائع فيكون مستردا له أيضا فيسقط الثمن فان زعم البائع أنه هلك بعد قبضه والمشترى بانه قبل قبضه فالقول للمشترى وأيهما برهن قبل وان برهنا فالبائع وكذا لو ادعى البائع أن المشترى استهلكه وعكس المشترى وان أرخا فبينة الاسبق أولى فى الهلاك والاستهلاك وتمامه فى الفتاوى البزازية (قوله فلو اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح) أى بالخيار له وهذا مفرع على أنه لا يدخل فى ملك المشترى فلذا لم يبطل النكاح قبل نفاذ البيع واذا سقط الخيار بطل للتنافى وعندهما انفسخ لدخولها فى ملك الزوج فاذا فسخ المشترى البيع رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها عندهما وعنده تستمر زوجته كذا فى فتح القدير وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح ثم فسخ البيع للفساد لا يرفع فساد النكاح (قوله فان وطأها له أن يردها) لان الوطء بحكم ملك النكاح لبقائه لا بحكم ملك اليمين لعدمه وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لما قدمناه أطلقه وهو مقيد بما اذا لم تكن بكرا اذ لو كانت بكرا أو نقصها الوطء امتنع الرد كما ذكره الاسبيجابى وظاهره أنه لو نقصها وهى ثيب فالحكم كذلك وقد صرح به فى فتح القدير وكذا يتفرع أنه لو ردها فعنده تعود الى سيدها منكوحة وعندهما بلا نكاح وقيد بزوجته لانه لو اشترى غير زوجته بخيار له فوطئها امتنع الرد مطلقا أى وان لم ينقصها وسقط الخيار كذا فى المعراج ولم أر حكم حل وطء الامة المبيعة بخيار أما اذا كان الخيار للبائع فينبغى حله له لا للمشترى وان كان للمشترى ينبغى أن لا يحل لهما ونقله فى المعراج عن الشافعى فقال وللشافعى فى حل وطئها وجهان والثانى لا يجوز وهو نصه وفى انفساخ نكاحها وجهان والثانى لا ينفسخ وهو ظاهر نصه أما لو كان

ثم ان كان للبائع حق الاسترداد للحبس صار به مستردا وانفسخ البيع وسقط الثمن عن المشترى وان لم يكن له حق الحبس فللمشترى أن يضمنه القيمة ولا يبطل البيع بينهما اه (قول المصنف

فلو اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح وان وطأها له أن يردها

فان وطأها له أن يردها) قال الرملى اطلاقه يفيد انه سواء كان قبل القبض أو بعده والعلة جامعة تامل وفى شرح منلا مسكين فان وطأها له أن يردها عند أبى حنيفة خلافا لهما هذا اذا كانت ثيبا وان كانت بكرا امتنع الرد عنده أيضا وكذا اذا قبلها أو مسها أو مسته بشهوة وكذا امتنع الرد لو وطئها غير الزوج فى يده اه قال فى الجوهرة ان كانت بكرا سقط الخيار بالاجماع لانه أتلف جزأ منها كقطع يدها اه وسيأتى ان دواعى الوطء كالوطء وهو يقتضى ان تقبيل البكر ومسها يمنع الرد لان وطأها يمنعه فكذا هما وهو معنى كلام مسكين فيفترق الحكم بين الثيب والبكر فى الوطء ودواعيه وما علل به فى الجوهرة لا يقتضيه اذ ليس فى تقبيل البكر ولمسها تفويت جزء لكن يقال ألحقت الدواعى بالوطء لانها سببه فاقيمت مقامه فاذا منع الرد منعت واذا لم يمنع لا تمنع ووطء غير الزوج فى يد الزوج مانع لوجوب العقر به وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع وهى تمنع اذا وجدت بعد القبض فلذا قيد بقوله فى يد الزوج

المبيع غير أمر أنه لم يحل للمشتري وطؤها على الاقوال كلها ويحل للبائع على الاقوال كلها وقال أحمد لا يحل للبائع اه ثم اعلم أن دواعي الوطء كالوطء فاذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة سقط خياره وحدها انتشار آلته أو زيادتها وقيل بالقلب وان لم تنتشر فان كان بغير شهوة لم يسقط في الكل وان ادعى أنه بغير شهوة فان كان في الفم لم يقبل قوله والا قبل وان فعلت الامة به ذلك وأقر أنه كان بشهوة كان رضا كما في السراج الوهاج ولم يذكر المؤلف مما تظهر فيه ثمرة الاختلاف الا هذه المسئلة وذكر في الهداية أن لهذه المسئلة أخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ولو كان للبائع فمات المشتري فاجاز البائع عتق الابن ولا يرث أباه كما قدمناه عن الخانية ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملك عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فسقط الخيار ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومحله ما اذا كان قبل القبض أما بعده فسقط الخيار اتفاقا وتصير أم ولد للمشتري لانها تعيبت عنده بالولادة كذا في النهاية وفي الخانية اذا ولدت بطل خياره وان كان الولد ميتا ولم تنقصها الولادة لا يبطل خياره اه ثم اعلم أنهم لم يقيدوا بدعوى الولد وقيده بها في ايضاح الاصلاح قال لانه ولد والفراش ضعيف اه وهو تقييد لقولهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في تلك المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ولو كان الخيار للبائع فسلم المبيع الى المشتري فأودعه البائع فهلك عنده بطل البيع عند الكل ولو كان البيع باتا فقبض المشتري المبيع باذن البائع أو بغير اذنه ثم أودعه البائع فهلك كان على المشتري اتفاقا لصحة الايداع كذا في التاتارخانية ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضي صحة الابراء وقدمنا أنه لا يصح عند أبي يوسف قياسا ويصح عند محمد استحسانا ونبه عليه هنا في النهاية ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم اه ولو كان الخيار للبائع فأسلم بطل البيع ولو أسلم المشتري لا وخيار البائع على حاله فان أجاز صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم أهل لان يتملكها حكما كذا في النهاية فقد ذكر فيها ثمان مسائل وقد زاد الشارحون مسائل أيضا ففي فتح القدير الاولى ما اذا تخمر العصير في بيع مسلمين في مدته فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه وعندهما يتم لعجزه عن رده الثانية اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة أيام وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكناها قال السرخسي لا يكون اختيارا وهو في ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامتها اختيار عندهما لملك العين وعنده ليس باختيار الثالثة حلال

تأمل اه (قوله فاذا اشترى غير زوجته بالخيار) قيد بغير زوجته لان زوجته ان كانت ثيبا لا يسقط خياره بذلك كالوطء وان كانت بكرا سقط خياره به كالوطء وقد أوضحناه فيما تقدم تأمل وقوله فقبلها بشهوة الخ ظاهره مطلقا سواء كان قبل القبض أو بعده وتعليلهم بانه دليل الاستبقاء دليل عليه (قوله ثم أسلم) أي المشتري كما صرح به في الفتح وأما لو أسلم البائع والخيار للمشتري فلا تظهر فيه ثمرة الخلاف أما عندهما وان ملكها المشتري لكن يملك ردها ثم رأيته في شرح الزيلعي قال ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردها المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان أجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما في الارث ثم ذكر مالو كان الخيار للبائع ثم قال وهذا كله فيما اذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لاحدهما أولهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر اه (قوله وهو في ابتداء السكنى) الضمير للاختيار أي والاختيار انما يكون في ابتداء السكنى

اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده فينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وعندهما يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم المشتري له أن يرده الرابعة اذا كان الخيار للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه اه وفي جامع الفصولين لو اشترى بخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره ولو ابتدأها بطل بعيب له خيار العيب وخيار الشرط في القسمة لا يبطل بدوام السكنى اه وفي التتارخانية أن محمدا ذكر في البيوع أن خيار الشرط يبطل بالسكنى وفي القسمة ذكر أنه لا يبطل فاختلف المشايخ فمنهم من حمل ما في البيوع على الابتداء وما في القسمة على الدوام ومنهم من أبقى ما في البيوع على اطلاقه فيبطل بالابتداء والدوام وأبقى ما في القسمة على اطلاقه فلا يبطل خيار الشرط فيها بالابتداء والدوام وفيها أيضا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على مائة يدفعها اليه على أن يبطل البيع ففسخه انفسخ ولا شئ له اه (قوله فلو أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا) أي لا يصح في غيبة صاحبه وهذا عندهما وقال أبو يوسف يجوز الفسخ أيضا لانه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا يقال انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط كذا في الهداية وفي المعراج وكذا الخلاف في خيار الرؤية ولا خلاف في خيار العيب أنه لا يملكه والخلاف انما هو في الفسخ بالقول أما اذا فسخ بالفعل فانه ينفسخ حكما اتفاقا في الحضرة والغيبة لانه لا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر المأذون له في التجارة بارتداد ولحوق وجنون وبحث في فتح القدير بانه ينبغي أن يكون الفعل الاختياري كالقول والمراد بالغيبة عدم علمه وبالحضرة علمه فلو فسخ في غيبته فبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ كذا في الهداية وكذا اذا أجاز البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه كذا ذكر الاسبيجابي وفي الذخيرة ولو اشترى على أن البائع لو غاب عنه ففسخه عليه جائز فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا شرط فاسد عندهما ورجح في فتح القدير قول أبي يوسف قال فعلى هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكنا نوردها أبناء على تسليم الدليل فمنها أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك وأجيب بان اللزوم بايجابه على نفسه ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج بلا علمها حتى لو تزوجت بعدها بعد ثلاث حيض فسخ العقد اذا أثبتها وأجيب بان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح فعلمها استكشاف الحال ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يثبت حكمها بلا علم الآخر وأجيب بانها اسقاطات ومنها خيار المعتقة يصح بلا علم زوجها وأجيب بانه لا رواية فيه وعلى التقدير فقد أثبته الشرع مطلقا ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين وأجيب بكون عقدهما لا وجود له في حق المالك ومنها العدة لازمة عليها وان لم تعلم بالطلاق وأجيب بانها واجبة في ضمن الطلاق لا بسببه اه وفي جامع الفصولين ولو كان الخيار للمشتريين ففسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز باعه بخيار ففسخه في

فلو أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا

(قوله فاحرم المشتري له أن يرده) كذا في بعض النسخ وفي بعضها للمشتري أن يرده وعليها فالضمير في أحرم للبائع وهو الصواب وقد صرح به في بعض النسخ موافقة لما في الفتح (قوله فالزوائد ترد على البائع الخ) هذا خاص بالزيادة المنفصلة الغير المتولدة كالكسب أما غيرها فانه يمنع الفسخ كما قدمه عن التتارخانية عند قول المصنف كتعيبه فاذا كانت تمنع الفسخ لا يتأتى ثمرة الاختلاف لانها انما تظهر بعد الفسخ

المدة انفسخ فان قال بعده أجزت وقبل المشترى جاز استحسانا ولو كان الخيار للمشترى فاجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ ومن له الخيار لو اختار الرد والقبول بقلبه فهو باطل لتعلق الاحكام بالظاهر والباطن اه قال فيه شرى بخيار فاراد رده فاختفى بائعه قيل للقاضى ان ينصب عن البائع خصما ليرده عليه وقيل لا اه وهكذا ذكر الخلاف فى المعراج وفتح القدير والله أعلم (قوله وتم العقد بموته ومضى المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بالشفعة) أى تحصل الاجازة بواحد مما ذكر وهو كلام موهم موقع فى الغلط فان فى بعضها يكون اجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وفى بعضها انما يكون اجازة اذا كان من المشترى وأما من البائع ففسخ أما الموت فانه مبطل لخيار الميت سواء كان بائعا أو مشتريا ولا يورث عندنا كخيار الرؤية لانه ليس الامشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال لا فيما لا يقبله كالمنكوحة والعقود التى عقدها المورث لا تنتقل وانما ملك الوارث الاقالة لانتقال الملك اليه ولذا ملكها الموكل وان لم يكن عاقدا كذا فى المعراج ولا يرد علينا خيار العيب فانه موروث لكون المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث ففى التحقيق المورث العين بصفة السلامة من العيوب فاما نفس الخيار فلا يورث وفى المعراج ان خيار العيب يثبت للوارث ابتداء بدليل انه لو تعيب بعد موت المشترى فى يد البائع كان للوارث رده وأما خيار التعيين فيثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار هكذا ذكروا وزاد فى العناية بان الوارث لا يملك الفسخ ولا يتأقت خياره بخلاف المورث اه ووجهه ظاهر لان هذين حكما خيار الشرط ولم يتكلموا فيما رأيت على غير الاربعة من الخيارات هل تورث أولا الاخيار فوات الوصف المرغوب فيه فسيأتى انه يورث والضمير فى قوله بموته عائد الى من له الخيار احترازا عن موت من لا خيار له لانه اذا مات فالخيار باق لمن شرط له فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ كذا فى فتح القدير وفى الظهيرية الوكيل اذا باع بشرط الخيار فمات الوكيل أو الموكل فى المدة بطل الخيار وتم البيع اه وفى جامع الفصولين وكيل البيع أو الوصى باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصى أو الموكل أو الصبى أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد يتم البيع فى كل ذلك لان لكل منهم حقا فى الخيار والجنون كالموت اه وفى المعراج ولو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره اه وقد أفاد كلامه ان الخيار لا ينتقل عمن هو له الى غيره فلذا قال أبو يوسف اذا اشترى الاب أو الوصى شيأ لليتيم وشرط الخيار لنفسه فبلغ الصبى فى المدة تم البيع وقال محمد توقف على اجازة الابن فكانه باشره بعد بلوغه حتى قيل لا تتاقت بالثلاث وعن محمد ان للوصى أن يفسخ بعد بلوغ الصغير وليس له أن يجيز الا برضاه وروى ان الاب أو الوصى اذا اشترى عبدا للصغير بدراهم أو دنانير بشرط الخيار ثم بلغ الصغير فى المدة ثم أجاز أنفذ الشراء عليهما الا أن تكون الاجازة برضا الصغير بعد البلوغ فينفذ عليه ولو حجر السيد على عبده المأذون تم البيع وقيل ينتقل الخيار الى المولى ولو اشترى المكاتب أو باع بشرط الخيار ثم عجز فى الثلاث تم البيع عندهم كذا فى الظهيرية فقد علم ان الخيار لا ينتقل على المعتمد لان قول أبى يوسف فى الاولى هو المعتمد ولكن نخرج عنه العبد المأذون اذا باع بشرط الخيار فان للمولى الاجازة ان لم يكن مديونا ولا يجوز فسخه عليه الا ان يجعله لنفسه ثم يفسخ بحضرة المشترى أو بما يكون فسخا من الافعال فى غيبة المشترى كذا فى الظهيرية وأما الوكيل اذا عزل وله الخيار فانه

وتم العقد بموته ومضى المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بالشفعة

(قوله ولم يتكلموا فيما رأيت الخ) نقل البيرى فى شرح الاشباه عن خزانة الاكمل لو اشترى عبدا على انه ان لم ينقد الثمن غدا فلا بيع بينهما فمات المشترى قبل الغد وقبل نقد الثمن بطل البيع وليس للورثة نقد المال اه وهذا حكم خيار النقد وقد ذكره فى النهر بحثا وذكر فى المنح بحثا ان خيار التعزير كذلك وسيأتى خلافه عن المحشى الرملى عند قوله ولو اشترى عبدا على انه خباز وقال البيرى أيضا فى كتاب الفرائض مانصه وفى شرح المجمع لابن الضيا وأما خيار الرؤية فالصحيح انه يورث وأجمعوا ان خيار القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة فى بيع الفضولى وكذا الاجل لا يورث اه لكن ماذكره من ان خيار الرؤية يورث خلاف ما ذكره المؤلف هنا وخلاف ما فى الغرر والوقاية والملتقى ومختصر النقاية واصلاح الوقاية لابن كمال

وبه صرح في الهداية والفتح من باب خيار الرؤية وبه علم ان هذا التصحيح غريب (قوله ولا ما يكون اجازة بالفعل) حكم عليه في النهر بانه سهو لانه نبه عليها بقوله والاعتاق (قوله بخلاف السكر من البنج) قال في التتارخانية حتى لو طال السكر لم يكن له أن يتصرف بحكم الخيار هكذا حكي عن الشيخ أحمد الطواويسي والصحيح انه لا يبطل (قوله ولو ارتد فعلى خياره اجماعا)

قال في التتارخانية وان ارتد ان عاد الى الاسلام في المدة فهو على خياره اجماعا وان مات أو قتل على الردة يبطل خياره اجماعا وان تصرف بحكم الخيار الخ (قوله وليس منه ما اذا قبض الثمن من البائع) كذا في عامة النسخ وفي نسخة من المشتري وهو الظاهر لكن الذي رأيته في المعراج ما في عامة النسخ ذكره بعد مسائل تصرفات البائع وهذا يشير الى ان البائع فاعل القبض وعليه فقوله من البائع صفة لمصدر محذوف لا صلة قبض ويقرأ قبض بالبناء للمجهول والثمن نائب الفاعل (قوله وعرضها على البيع ليس بفسخ على الاصح) مخالف لما قدمه قريبا في قوله أو عرض المبيع للبيع بطل خياره وقد ذكر مسئلة الجارية هذه في التتارخانية وذكر ان هبة العبد الذي اشتراه بها أو عرضه على البيع امضاء للبيع ثم قال بعد صفحة واذا كان الخيار للبائع فعرض المبيع على البيع ذكر في شمس الائمة الحلواني ان كان بمحضر من صاحبه ينفسخ البيع وان كان بغير محضر من صاحبه لا ينفسخ البيع وبعض مشايخنا قالوا العرض على البيع من البائع ليس بفسخ على كل حال واليه مال الامام أحمد الطواويسي وذكر شيخ الاسلام في شرحه ان فيه روايتين وفي المنتقى عن محمد ان البائع اذا عرض المبيع على البيع لا يبطل خياره

لا يبطل اتفاقا كذا في السراج الوهاج وأما مضي المدة فمبطل للخيار سواء كان للبائع أو للمشتري اذ لم يثبت الخيار الا فيها فلا بقاء له بعدها كالمخيرة في وقت مقدر وأما الاعتاق وتوابعه وهي التدبير والكتابة فانما يتم به اذا كان الخيار للمشتري وفعلها اما اذا كان للبائع وفعلها كان فسخا وذكر المصنف السقوط بطريق الضرورة وهو والموت ومضي المدة والسقوط بطريق الدلالة وهو الاعتاق ولم يذكر ما يكون اجازة بالقول صريحا ولا ما يكون اجازة بالفعل اما الاول ففي جامع الفصولين المشتري بالخيار اذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره ولو قال هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل اهـ وفيه لو طلب المشتري الاجر من الساكن بطل خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يبطل سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري وأما الثاني ففيه لو حجم العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه كان رضا لا لو أمر امرأة بمشط أو دهن أو لبس ولو اشترى أرضا مع حرثه فسقى الحرث أو فعل منه شيأ أو حصده أو عرض المبيع للبيع بطل خياره لا لو عرضه ليقوم ومشتري الدار لو اسكنه باجر أو بلا أجر أو رم منه شيأ أو بنى أو جصص أو طين أو هدم منه شيأ فهو رضا ولو طحن في الرحا ليعرف قدر طحنه ان طحن أكثر من يوم وليلة بطل خياره لا فيما دونه ولو قص حوافر الدابة أو أخذ من عرفها لم يكن رضا ولو ودجها أو بزغها فهو رضا والتوديج شق الاوداج جملة ولو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة لم يبطل خياره ولو فعله مرتين بطل ولو شرى قنا بخيار فرآه يحجم الناس باجر فسكت كان رضا لا لو بلا أجر لانه كالاستخدام الا ترى انه لو قال له احجمني فحجمه لم يكن رضا شرى أمة فامرها بارضاع ولده لم يكن رضا لانه استخدام ولو ركب دابة ليسقيها أو ليردها على البائع بطل خياره قياسا لا استحسانا اهـ ثم قال شرى بقرة بخيار فحلبها قال أبو حنيفة بطل خياره وقال أبو يوسف لا حتى يشرب اللبن أو يتلفه اهـ وذكر الشارح ان كل تصرف لا يحل الا في الملك فانه اجازة كالوطء والتقبيل لا ما يحل في غيره كالاستخدام وزاد في المعراج على ما ذكرناه اغماء من له الخيار ولو أفاق في المدة فله الخيار وذكر الاسبيجابي الاصح انه على خياره والتحقيق ان الاغماء والجنون لا يسقطان انما المسقط له مضي المدة من غير اختيار ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز ولو سكر من الخمر لا يبطل بخلاف السكر من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا ولو تصرف بحكم خياره توقف عنده خلافا لهما اهـ وأطلق في الاعتاق فشمل ما اذا علقه بشرط فوجد في المدة كما في المعراج وأشار بالاعتاق الى كل تصرف لا يفعل الا في الملك كما اذا باعه أو وهبه وسلمه أو رهن أو آجر وان لم يسلم على الاصح كما في المعراج وليس منه ما اذا قبض الثمن من البائع وكذا هبته وانفاقه الا اذا استدانه لغيره كالدراهم والدنانير ولو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فهبة العبد أو عرضه على البيع اجازة وعرضها على البائع ليس بفسخ على الاصح ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيأ أو ساومه به فهو اجازة كذا في المعراج وقيد الاستخدام ثانيا من المشتري بان لا يكون

فى نوع آخر والركوب امتحانا ليس اجازة لا ثانيا كركوبها لحاجة أو شغل أو حمل عليها الا علفها عند محمد والركوب للرد والسقى والاعلاف اجازة ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يبطل وان قلب الاوراق وبالدرس منه يبطل وقيل على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه وفى الظهيرية لو سقى من نهرها أرضا له أخرى سقط وكرى النهر وكبس البئر يسقط خياره ولو انهدمت البئر ثم بناها لم يعد خياره ولو وقعت فيها فأرة أو نجاسة سقط وروى انه اذا نزح عشرين دلوا لم يسقط اه وفى السراج الوهاج اذا زوج العبد أو الامة سقط خياره وفى المحيط باع عبدا بخيار له فاذن له فى التجارة لم يكن نقضا الا أن يلحقه دين ولو أمضاه بعد ما لحقه دين لم يجز لان الغريم أحق به من المشترى ولم يذكر المصنف هنا حكم ما اذا زاد المبيع أو نقص فى المدة وذكر فيما قبله حكم ما اذا تعيب أما الثانى ففى المعراج ولو حدث به عيب فى خيار المشترى بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله لكونه فى ضمان المشترى حيث كان فى يده عندهما وقال محمد لا يلزمه العقد بجناية البائع وعلى قولهما يرجع المشترى بالارش على البائع ولو كان الخيار للبائع فحدث به عيب فهو على خياره لكنه يتخير المشترى ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه كذا فى المعراج وقدمناه وأما الاول أعنى الزيادة ففى جامع الفصولين شرى بخيار فزاد المبيع فى يد المشترى زيادة متصلة متولدة كسمن وجمال وبرء وانجلاء بياض عن العين يمنع الرد ويلزم البيع الا عند محمد وان كانت متصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولت سويق بسمن وبنى أرض وغرس شجر يمنع الفسخ وفاقا ولو كانت منفصلة متولدة كعقر وولد وأرش ولبن وثمر وصوف تمنع وفاقا وان كانت منفصلة لم تتولد كغلة وكسب وهبة وصدقة لا يمنع وفاقا فان أجاز المشترى فهو له والا فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة ترد على البائع اه وفى المعراج اذا باضت الدجاجة فى المدة سقط الخيار الا أن تكون مذرة واذا ولدت الحيوان ولدا سقط الا أن يكون الولد ميتا اه والحاصل انها مانعة مطلقا الا منفصلة لم تتولد وفى الظهيرية عن الثانى اشترى عبدا بخيار ثلاثا وقبضه فوهب للعبد مال أو اكتسبه ثم استهلكه العبد بعلم المشترى بغير اذنه أو بغير علمه لم يبطل خيار المشترى فى العبد ولو وهب للعبد أم ولد المشترى وقبضها العبد بطل خيار المشترى فى العبد قال ولا يشبه الولد أم الولد من قبل ان أم الولد تبقى على ملكه بعد الرد بحكم الخيار والولد لا يبقى اه والاخير يحتاج الى تحرير وأما الاخذ بشفعة فصورته أن يشترى دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشترى بشرط الخيار بالشفعة لانه لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة فتضمن سقوط الخيار وقدمنا الاعتذار لابى حنيفة عنه عند قوله ولا يملك المشترى ولو قال المؤلف وطلب الشفعة بها بدل الاخذ لكان أولى لان طلبها مسقط وان لم يأخذها كما فى المعراج وقيد بخيار الشرط لان طلبها لا يسقط خيار رؤية والعيب كما فى المعراج واقتصار الشارح على خيار الرؤية قصور (قوله ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) لان شرط الخيار لغيره جائز استحسانا لا قياسا وهو قول زفر لانه من مواجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا نيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وحينئذ يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لاجنبى صح لكان أولى ليشمل ما اذا كان الشارط البائع أو المشترى وليخرج اشتراط أحدهما للآخر فان قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد ولذا قال فى المعراج

ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح

(قوله ولو وهب للعبد أم ولد المشترى) هنا سقط فيما رأيناه من النسخ والذى رأيته فى التتارخانية ولو وهب للعبد ابن المشترى وقبض العبد عين الابن لا يبطل خيار المشترى فى العبد ولو وهب للعبد أم ولد المشترى الخ (قوله والاخير يحتاج الى تحرير) المراد بالاخير مسئلة هبة أم ولد المشترى للعبد واحتياجها الى التحرير من جهة انها اذا كانت أم ولده كيف تكون فى ملك غيره حتى يهبها للعبد ومن جهة انها كيف تبقى على ملكه بعد الرد

والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر قيد بخيار الشرط لان خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين كما في المعراج وأفاد كلامه ان أحدهما لو أجاز فقال الآخر لا أرضى فالبيع لازم ولو أمر وكيله بالبيع بشرط الخيار فباعه بلا شرط لم يجز ولو باع واشترط كما أمره فليس له أن يجيز على الآمر وللآمر الاجازة ولو وكله بشراء بشرط للآمر فاشترى ولم يشترطه نفذ عليه كذا في السراج الوهاج (قوله فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره (قوله وان كانا معا فالفسخ) أى لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرجا منهما معا ترجح الفسخ على الاجازة لان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل منهما التصرف رجحنا بحال التصرف كذا في الهداية وأورد عليه لا نسلم ان المفسوخ لا تلحقه الاجازة فانه ذكر في المبسوط ان الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز وفسخ الفسخ ليس هو الا اجازة البيع في المفسوخ وأجاب عنه في المعراج بانه غير لازم لانا نقول الاجازة لا ترد على المنتقض ولا اجازة فيما ذكرتم بل هو بيع ابتداء كذا في الفوائد الظهيرية وما ذكره المصنف من ترجيح الفسخ دون تصرف العاقد محمد قاضيخان معزيا الى المبسوط وفي رواية الراجح تصرف العاقد لقوته لان النائب يستفيد الولاية منه وقيل هو قول محمد وما في الكتاب قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما كذا في الهداية وقيد بالوكيل بالبيع لان الوكيل بطلاقها للسنة اذا طلقها الوكيل والموكل معا فالواقع طلاق أحدهما لا على التعيين وأجاب عنه في فتح القدير بان الوكيل فيه سفير كالوكيل بالنكاح فكان الصادر من كل واحد منهما صادرا عن اصالة بخلاف الوكيل بالبيع اه وفي الظهيرية وعن أبي يوسف في المنتقى وصيان يشتريان بشرط الخيار فأجاز أحدهما ونقض الآخر فان الاجازة أولى اه وفي المحيط وكيل اشترى بشرط الخيار لموكله بامره أو بغير أمره اذا ادعى البائع رضا الآمر وأنكر الرجل فالقول للوكيل بلا يمين لان البائع يدعي سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ولا يمين لانه دعوى على الآمر دون العاقد والآمر لو أنكر لا يستحلف وكيله لانه نائب عن العاقد في الحقوق وليس باصيل وان ادعى الرضا على الوكيل يحلف لان الدعوى توجهت عليه وان أقام بينة على رضا الآمر قبلت لان الوكيل ينتصب خصما عن الآمر لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط الخيار بسبب ادعائه على الغائب اه وأشار المؤلف بكون الاشتراط للغير اشتراطا لنفسه الى انه لو أمره ببيع ماله بشرط الخيار له فباع وشرطه للآمر لم يكن مخالفا وعلى عكسه يكون مخالفا لانه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وأن لا يكون للمأمور فيه رأى وتدبير ويكون الرأى والتدبير فيه للآمر أصلا وله تبعا وما فعله بعكسه فان شرط الخيار للآمر ثم أجازه والبيع جاز عليه دون الآمر وخيار الآمر باق حتى لو أجاز كان له وانه فسخ يلزم الوكيل لان الخيار ثبت للآمر بالشرط فصار كخيار العيب اذا ثبت بالعقد والوكيل بالشراء اذا وجد عيبا بالمبيع ورضى به نفذ فيما بينه وبين البائع وخيار البائع على حاله فان رضى به لزمه وان رد لزم الوكيل فكذا هذا كذا في المحيط ثم اعلم ان التصرفين اذا صدرا معا فقد علم الحكم في باب الخيار وأما تصرف الموكل مع تصرف الوكيل فظاهر ما قدمناه انه ان كان الوكيل أصلا في الحقوق نفذ كل منهما في النصف وان كان نائبا نفذ واحد لا على التعين وأما اذا صدرا من فضوليين فلا كلام في التوقف على اجازة من له الاجازة وانما الكلام فيما لو أجيزا قالوا يثبت الاقوى

فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق وان كانا معا فالفسخ

(قوله وخيار البائع على حاله) لعله المشترى

ومن باع عبدين على انه بالخيار فى أحدهما ان فصل وعين صح والا فلا وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة

فلو باع فضولى وزوج آخر رجح البيع فتصير مملوكة لازوجة ولو استويا فان كانا نكاحين بطلا وان كانا بيعين تنصف والبيع أقوى من الهبة والاجارة والرهن والنكاح الاهبة لا تبطل بالشيوع فانهما سواء والهبة والرهن أقوى من الاجارة وسيأتى فى بيع الفضولى بقية مسائله ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع عبدين على انه بالخيار فى أحدهما ان فصل وعين صح والا فلا) شروع فى بيان ما اذا كان المبيع متعددا وحاصلها انها رباعية فالصحة فى واحدة وهو ما اذا فصل له ثمن كل منهما وعين من فيه الخيار منهما لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاده فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والفساد فى ثلاثة الاولى اذا لم يفصل الثمن ولم يعين محل الخيار لجهالتهما الثانية فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع والثالثة عين محله ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن والاصل فيه ان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم وانما جاز البيع فى القن اذا ضم الى مدبر أو مكاتب أو أم ولد وبيعا صفقة وان لم يفصل الثمن على الاصح لان المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقارن للعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد وفيما ذكر المانع مقارن معنى لا لفظا لدخولهم فى البيع حتى لو قضى به قاض يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة فاثر الفساد كذا فى المعراج وفى ضم أم الولد والمكاتب الى المدبر فى جواز القضاء ببيعه نظر فان الصحيح انه ينفذ فى المدبر فقط وفى فتح القدير وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما فى فتاوى قاضيخان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشترى ثم مات أحدهما لا يجوز البيع فى الباقى وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد فى الباقى بالحصة ولو قال البائع فى هذه المسئلة نقضت البيع فى هذا أو فى أحدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع فى نصفه اه وهكذا فى الظهيرية وتقييده بالبائع اتفاقى اذ لو شرط للمشترى كان كذلك صحة وفسادا وأراد بالعبدين القيميين احترازا عن قيمى ومثليين اذ فى القيمى الواحد اذا شرط الخيار فى نصفه يصح مطلقا وفى المثليين كذلك لعدم التفاوت كما ذكره الشارح اه (قوله وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على ان يأخذ المشترى واحدا والقياس الفساد كالاربعة لجهالة المبيع وهو قول زفر وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان فى معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها والجهالة لا تفضى الى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا فى الاربعة الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة موجودة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما أطلقه فشمل ما اذا كان للبائع أو للمشترى وهو المذكور فى المأذون وهو الاصح ذكره فى شرح التلخيص وفى جامع الفصولين يجوز خيار التعيين فى جانب البائع كما يجوز فى جانب المشترى اه وفى الظهيرية وللبائع أن يلزم أيهما شاء على المشترى فان هلك أحدهما فى يد البائع فله أن يلزمه الباقى لا الهالك ولو حدث فى أحدهما عيب فى يد البائع فله أن يلزمه السليم وليس له أن يلزمه المعيب الا برضا المشترى فان ألزمه المعيب ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك ولو قبضهما المشترى وخيار التعيين

(قوله فاثر الفساد كذا فى المعراج) قال الرملى لعله فلم يؤثر الفساد اه وهو الذى فى المعراج فما هنا من تحريف النساخ (قوله وأراد بالعبدين القيميين) أى أراد المصنف قال فى النهر والظاهر انهما أى القيميين ليسا قيدا اذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثليا والآخر قيميا وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغى اه قلت وهذا لا يرد على ما قاله الشارح هنا من كونه قيدا احترازيا اذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما ولذا قال يصح مطلقا لانه فى القيميين لا يصح بدونهما فعلم انه مع التفصيل والتعيين يصح فى القيميين وغيرهما فتدبر نعم ينبغى تقييد المثليين بما اذا كانا من جنس واحد اذ لو اختلفا كبر وشعير صارا كالقيميين فى اشتراط التفصيل والتعيين لحصول العلم بالثمن والمبيع تامل (قوله وللبائع أن يلزم الخ)

للبائع فهلاك والبيان بحاله اه وأما اذا كان الخيار للمشترى فالبيع لازم فى أحدهما الا أن يكون معه خيار شرط وماهو مبيع مضمون بالثمن وغير المبيع أمانة فلو اشترى ثلاثة أثواب وعين لكل ثمنا على ان له خيار التعيين فاحترق ثوبان ونصف الثالث رد النصف الباقى ولاشئ عليه من ضمان النصف المحترق وضمن نصف ثمن المحترق ولو كان ثوبان فاحترق نصف كل رد أيهما شاء بغير ضمان وضمن ثمن الآخر ولو احترق أحدهما ونصف الآخر لزمه ثمن المحترق لتعينه مبيعا ورد الآخر بغير ضمان ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط واذا بيع أحدهما أو هلك تعين هو مبيعا والآخر أمانة ولو هلكا معا ضمن نصف ثمن كل واحد منهما ولو اختلفا فى الهالك أولا تحالفا على العلم على قول الامام الاول ثم رجع الى قوله الثانى من أن القول للمشترى مع يمينه وبينة البائع أولى ولو تعيبا معا فالخيار بحاله وان على التعاقب تعين الاول مبيعا وان اختلفا فى الاول فعلى ماذكرنا ولو باعهما المشترى ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه ولو صبغ المشترى أحدهما تعين هو مبيعا ورد الآخر ولو أعتقهما البائع عتق الذى يرد عليه وان كان أعتق ما اختاره المشترى للبيع لم يصح اعتاقه ولو استولدهما المشترى تعينت الاولى للبيع وضمن عقر الاخرى للبائع ولا يثبت نسب ولدها منه لعدم الملك ويؤمر المشترى بالبيان أيتهما استولدها أولا فان مات قبل البيان فخيار التعيين للورثة فان لم تعرف الورثة الاول منهما ضمن المشترى نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرهما للبائع ويسعيان فى نصف قيمتهما للبائع وروى ان الولدين يسعيان أيضا فى نصف قيمتهما للبائع ولو وطئهما البائع والمشترى فولدتا وادعى كل واحد منهما الولدين صدق المشترى فى التى وطئها أولا وضمن عقر الاخرى ويثبت نسب الاخرى من البائع لانه استولد جاريته نفسه ويضمن البائع عقر الاخرى للمشترى وان ماتا قبل البيان ولم تعلم ورثة المشترى الاول منهما لم يثبت نسب الولد من أحد لوقوع الشك وعتقوا وضمن المشترى نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها للبائع والبائع يضمن نصف عقر كل واحدة للمشترى ويتقاصان وولاؤهم بينهما وقيل لا ولاء على الولدين كذا فى الظهيرية ثم قال بعده ويجوز خيار التعيين فى الفاسد أيضا الا أن ههنا ما يتعين للبيع كان مضمونا بالقيمة والباقى كما قلنا فى الجائز وان ماتا معا ضمن نصف قيمة كل واحد منهما ولو أعتقهما المشترى عتق أحدهما والتعيين اليه ولو أعتق أحدهما المشترى بعينه أو باعه جاز وعليه قيمته ولا يجوز اعتاق المبهم لا من البائع ولا من المشترى لان العتق المبهم بين المملوكين للعتق ولم يوجد ولو أعتق البائع أحدهما بعينه ثم أعتق المشترى ذلك أو عينه للبيع أو مات فعتق البائع باطل ولو رد ذلك على البائع صح عتقه ولو كان أعتقهما ورداعليه عتق أحدهما والتعيين اليه اه وقيدوا صورة خيار التعيين بان يقول على ان تأخذ أيهما شئت لانه لو لم يذكر هذه الزيادة وقال بعتك أحد هذين العبدين فقيل يكون فاسدا لجهالة المبيع فان قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما وان مات أحدهما قبل صاحبه لزمه قيمة الآخر كذا فى المحيط وتقدم تفاريعه ولم يذكر المؤلف خيار الشرط مع خيار التعيين للاختلاف فقيل يشترط أن يكون فيه خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة وهو الصحيح واذا ذكره فله ردهما فى المدة واذا مضت لزم فى أحدهما وله التعيين وقيل لا وهو المذكور فى الجامع الكبير وصححه فخر الاسلام فيكون ذكره فى الجامع الصغير وفاقا لا شرطا ورجحه فى فتح القدير ولكن ذكر قاضيخان ان الاشتراط قول أكثر المشايخ واذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلابد من تأقيت خيار التعيين

بالثلاث

اى اذا كان خيار التعيين مشروطا له (قوله ويسقط خيار التعيين بما يسقط به خيار الشرط) يرد عليه ان خيار الشرط يبطل بالموت وخيار التعيين لا يسقط اه ذكره الغزى كذا فى حاشية الرملى وسيأتى آخر القولة تفصيل ما يبطله عن البدائع

بالثلاث عنده وبأي مدة معلومة كانت عندهما كذا في الهداية وذكر في المحيط انه لا يتأقت عنده بالثلاث فيجوز الى أربعة عنده وفيها ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة اه وفي فتح القدير واذا اقت خيار التعيين وكان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة أيام من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوي قوله خيار الشرط مؤقت بالثلاث في قوله غير مؤقت بها عندهما وخيار التعيين مؤقت فيه نظر اه وذكر الشارح انه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتأقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التأقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي المدة وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه اه ويمكن أن يراد قسم آخر وهو ارتفاع العقد فيهما بمضي المدة من غير تعيين بخلاف مضيها في خيار الشرط فانه اجازة ليكون لكل خيار ما يناسبه وأطلق في محل الخيار وقيده في البدائع بالاشياء المتفاوتة كالعبيد والثياب فعلى هذا لا يدخل خيار التعيين في المثليات من جنس واحد لانه لا فائدة له لعدم التفاوت وفيها وأما ما يبطل هذا الخيار وهو نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان صريح وما يجري مجراه فالاختياري اخترت هذا أو شئته أو رضيت به أو أجزته وما يجري مجراه وأما الاختياري دلالة فهو أن يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين الملك فيه كما قدمناه في خيار الشرط وأما الضروري فهلاك أحدهما بعد القبض وتعيبه وأما اذا تعيبا لم يتعين أحدهما للبيع وللمشتري أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لكن ليس له ردهما للزوم البيع في أحدهما بتعيبهما في يده وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول بان فيه خيارين (قوله ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر) عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية كذا في الهداية وخصه في البناية بما اذا كان بعد القبض أما قبله فليس له الرد يعني اتفاقا لهما أن اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما لرده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله رضا أحدهما لا يرده الآخر اتفاقي اذ لو رد أحدهما لا يجيزه الآخر ولم أره صريحا ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه وكذا قوله اشتريا اذ لو باعا ليس لاحدهما الانفراد اجازة أو ردا لما في الخانية رجل اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على ان البائعين بالخيار فرضي أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة اه وأشار الى ان المبيع لو كان متعددا والخيار لاحدهما ليس له أن يجيز في البعض ويرد في البعض وكذا لو كان واحدا فأجاز من له الخيار في النصف ورده في النصف كما قدمناه وصرح به في الخانية لكن ذكروه فيما اذا كان الخيار للبائع ولا فرق بينهما (قوله ولو اشترى عبدا على انه خباز أو كاتب فكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالعقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض ولا يفسد بعدمه العقد بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات فصار كفوات وصف السلامة واذا أخذه أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف وفي المعراج قوله على انه خباز

ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر ولو اشترى عبدا على انه خباز أو كاتب فكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه

(قوله وفيها) أي في الهداية (قوله مؤقت بالثلاث في قوله) أي قول الامام أبي حنيفة (قوله فيه نظر) خبر عن قوله فاطلاق الطحاوي قال في النهر وقد يجاب عنه بان توقيت خيار التعيين ليس قدرا متفقا عليه بل هو قول أكثر المشايخ فجاز ان الطحاوي وافق غير الاكثر على ان الشارح قال الذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه لانه لا يفيد الخ ثم قال في النهر وأبدى في الحواشي السعدية له فائدة هي أن يجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة قال وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق اه وكان المناسب أن يقال كما اذا ذكر خيار الشرط لان المقصود التسوية بين توقيت خيار التعيين عند خلوه من خيار الشرط بالثلاثة وبين

مالوذكرمغة ومضت مدته حيث يجبر على التعيين فيهما فيظهر لتقييده بالثلاث عند عدم ذكر خيار الشرط فائدة أبو السعود عن شيخه وبهذه الفائدة يستغنى عما يذكره المؤلف (قوله وفي فتح القدير لومات هذا المشتري الخ) قال الرملي يؤخذ منه ان خيار الغبن الفاحش مع التغرير يورث لانه أشبه به اذهو معه اشتراه بناء على قوله فكان شارطاله اقتضاء وصفا مرغوبا فبان بخلافه وقد اختلف تفقه الشيخ على المقدسي والشيخ محمد الغزي في هذه المسئلة لانهما لم يرياها منقولة ومال الشيخ على لمقالته لكن لم يذكر وجهه غير انه قال والذي أميل اليه انه مثل خيار العيب يعني فيورث والله تعالى أعلم (قوله وفي رواية لا رجوع بشئ) قال الرملي وجهه ما تقدم من ان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن (قوله فان علم بالوطء الخ) انظر ما كتبناه في باب خيار العيب عند قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ (قوله ولو اشترى ثوبا على انه هروي الخ) انما كان البيع فاسدا لان المبيع المشار اليه من خلاف جنس المسمى وذكر في الفتح قبل هذه المسائل أصلا فقال واعلم انه اذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس أعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه

أي عبد حرفته هكذا الا انه لو فعل هذا الفعل أحيانا لا يسمى خبازا وفي الذخيرة قال محمد في الزيادات فان قبضه المشتري فوجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد لا النهاية في الجودة ومعنى أدنى ما ينطلق عليه الاسم أن يفعل من ذلك ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا لان كل واحد لا يعجز في العادة من أن يكتب على وجه تتبين حروفه وان يخبز مقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه وبذلك لا يسمى خبازا ولا كاتبا اه وفي فتح القدير لومات هذا المشتري انتقل الخيار الى وارثه اجماعا لانه في ضمن ملك العين اه وفي الذخيرة فلو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتبا وغير كاتب وينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن وفي رواية لا رجوع بشئ ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح ولو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم أجده كاتبا وقال البائع اني سلمته اليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد ينسى ذلك في تلك المدة فالقول للمشتري لان الاختلاف وقع في وصف عارض اذ الاصل عدم الكتابة والخبز والاصل ان القول قول من يدعي الاصل وان العدم أصل في الصفات العارضة والوجود أصل في الصفات الاصلية فالقول للمشتري في عدم الخبز والكتابة لانهما من الصفات العارضة والقول للبائع في انها بكر لانها صفة أصلية وتمامه في فتح القدير وكتبناه في القواعد في قاعدة ان اليقين لا يزول بالشك وفي تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب لو باعه ثوبا على أنه هروي ثم اختلفا في كونه هرويا والقول للبائع لان البائع لما قال بعتكه على انه هروي فقبل المشتري صار كانه أعادها في الايجاب فصار كانه قال اشتريته على انه هروي فكان مقرا بكونه هرويا فدعواه بعد خلافه تناقض بخلاف ما اذا قال بعتكه على انه كاتب فقبل فالقول للمشتري لان الاختلاف فيه في المقبوض وتمامه في شرحه للفارسي وفي النوازل اشترى جارية على انها عذراء فعلم المشتري انها ليست كذلك فان علم بالوطء فان زايلها عند علمه بلا لبث لم تلزمه والا لزمته ولو اشترى بقرة على انها حبلى فولدت عنده فشرب اللبن وأنفق عليها فانه يردها والولد وما شرب من اللبن ولا شئ له مما أنفق لان البيع وقع فاسدا فكانت في ضمانه والنفقة عليه ولو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي معز يجوز البيع وله الخيار لان حكمهما واحد في الصدقات وكذا لو اشترى بقرة فاذا هي جاموس وفي المجتبى عن جمع البخاري الاصل فيه ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا وان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد وان كان من جنسه فالعقد جائز ثم ان كان المشار اليه دون المسمى كان الخيار للمشتري والافلا والثياب أجناس والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان حكما وفي سائر الحيوانات جنس واحد واذا كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فانما يتعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشتري به اما اذا علم به فالعقد يتعلق بالمشار اليه كن قال بعتك هذا الحمار وأشار الى العبد فانه يصح ولو اشترى ثوبا على انه هروي فاذا هو بلخي فالبيع فاسد عندنا وكذا على انه أبيض فاذا هو مصبوغ أو على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران

(قوله ولواشترى جارية على انها مولودة الكوفة الخ) انما جاز البيع مع الخيار لكون المشار اليه من جنس المسمى لكنه دونه (قوله أوعلى ان هذا الحيوان حامل الخ) مخالف للمسئلة السابقة وهى قوله ولواشترى بقرة على انها حبلى الخ حيث ذكرهناك ان البيع فاسد وهنا انه جائز ولعله على رواية الحسن كما يأتى قريبا تامل (قوله ولواشترى على انه بغل الخ) انما جاز بدون الخيار لكونها من جنس واحد والمشار اليه خير من المسمى على وفق ماقرره من الاصل فتأمل

بزعفران أودارا على ان بناءها آجر فاذا هو لبن أوعلى ان لابناء أولانخل فيها فاذا فيها بناء أونخل أو أرضا على ان أشجارها كلها مثمرة فاذا فيها غير مثمر فسد البيع ولواشترى جارية على انها مولودة الكوفة فاذا هى مولودة بغداد أوغلاما على انه تاجر أوكاتب أوغيره فاذا هو لايحسنه أوعلى انه فحل فاذا هو خصى أوعلى عكسه أوعلى انها بغلة فاذا هو بغل أوعلى انها ناقة فاذا هو جمل أوعلى انها لحم معز فاذا هو لحم ضأن أوعلى ان هذا الحيوان حامل فوجدها غير حامل جاز البيع وله الخيار وكذا فى أمثالها ولواشترى على انه بغل فاذا هى بغلة أوحمار ذكر فاذا هو أتان أوجارية على انها رتقاء أو ثيب فوجدها خلاف ذلك الى خير جاز البيع ولاخيار له فيه ولافى امثاله اذا وجده على صفة خير من المشروطة ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والابواب والخشب والنخل فاذا ليس فيها شئ من ذلك لاخيار للمشترى وفى المحيط اشترى شاة أوناقة أوبقرة على انها حامل فسد البيع الافى رواية الحسن والاصح فى الامة جوازه أوعلى انها حلوب أولبون أوعلى انها تحلب كذا أوتضع بعد شهر يفسد الى هنا كلام المعراج وذكر بعضه فى فتح القدير ثم قال وينبغى فى مسئلة البعير والناقة أن يكون فى العرب والبوادى الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل اه وصحح قاضيخان انه لو باع جارية على انها حامل ان البيع جائز لانه بمنزلة شرط البراءة من العيب الا أن يكون فى بلد يرغبون فى شراء الجوارى لاجل الاولاد واختلفوا فيما اذا باع جارية على انها ذات لبن فقيل لايجوز والاكثر على الجواز ولواشترى فرسا على انها هملاج جاز لان الهملاج لايصير غير هملاج وفى البدائع اشترى جارية على انها مغنية ان شرطه على وجه الرغبة فيه فسد البيع لكونه شرط ماهو محظور محرم وان شرط فى البيع على وجه التبرى من العيب لايفسد فاذا لم يجدها مغنية لاخيار له لانه وجدها سالمة من العيب ولو باع جارية على انها ماولدت فظهر انها ولدت فله ردها ولو اشترى ثوبا على انه مصبوغ بالعصفر فاذا هو أبيض جاز البيع ويخير بخلاف عكسه فانه يفسد ولو اشترى كرباسا على ان سداه ألف فاذا هو ألف ومائة سلم الثوب الى المشترى لانه زيادة وصف ولو اشترى ثوبا على انه سداسى فاذا هو خماسى خير المشترى ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لانه اختلاف نوع لاجنس فلا يفسده ولو باع ثوبا على انه خز فاذا لحمته خز وسداه قطن جاز البيع لان السدى تبع للحمة ولواشترى سويقا على ان البائع لته بمن من سمن وتقابضا والمشترى ينظر اليه فظهر انه لته بنصف من جاز البيع ولاخيار للمشترى لانه هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه انتفى الغرور وهو كما لواشترى صابونا على انه متخذ من كذا جرة من الدهن ثم ظهر انه متخذ من أقل من ذلك والمشترى كان ينظر الى الصابون وقت الشراء وكذا لواشترى قميصا على انه اتخذ من عشرة أذرع وهو ينظر اليه فاذا هو من تسعة جاز البيع ولاخيار للمشترى ولو باع أرضا على انها غير خراجية فاذا

وفى التتارخانية اذا باع من آخر شخصا على انها جارية وأشار اليها فاذا هو غلام فلابيع بينهما وهذا استحسان أخذ به علماؤنا والقياس ان ينعقد به البيع ويكون للمشترى الخيار ثم ذكر الاصل المنقول عن المجتبى وبقية التفاريع (قوله الى هنا كلام المعراج) أى من عند قوله فى أول المقولة وفى المعراج الى هنا من كلامه لكن ذكر المؤلف ماليس منه وهو قوله والاصل ان القول الى قوله وفى النوازل وماذكره هنا من انه لو اشتراها على انها حلوب يفسد ذكر فى فتح القدير انه رواية ابن سماعة عن محمد قال لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن ونقل فى المعراج قبل هذا عن الطحاوى انه لايفسد لانه وصف مرغوب وكذا ذكره فى الفتح وقال كما اذا شرط فى الفرس انه هملاج وفى الكلب انه صائد حيث يصح (قوله ولو باع جارية على انها ماولدت الخ) قال الرملى وفى البزازية اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لامن البائع وهو لم يعلم فى رواية المضاربة عيب مطلقا لان التكسر الحاصل بالولادة لايزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية ان نقصتها الولادة عيب وفى البهائم ليس بعيب الا أن يوجب نقصانا وعليه الفتوى اه فظاهر مافى البدائع انه لايرد الا اذا شرط انها ماولدت ولولم يشرطه لايرد وهو مخالف لما عليه الفتوى كما سمعت والله تعالى أعلم اه قلت ذكر فى البزازية أيضا عن النهاية

هي خراجية فسد البيع وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان علم المشتري انها أرض خراج فسد البيع وان لم يكن عالما بذلك جاز البيع ويخير المشتري اشترى قلنسوة على ان حشوها قطن فلما فتقها المشتري وجدها صوفا اختلفوا والصحيح جواز البيع والرجوع بالنقصان لان الحشو تبع وتغير التبع لا يفسد اهـ ما في الخانية والهملاج قال في المصباح هملج البرذون هملجة مشى مشية سهلة في سرعة وقال في مختصر العين الهملجة حسن سير الدابة وكلهم قالوا في اسم الفاعل هملاج بكسر الهاء للذكر والانثى بمقتضى ان اسم الفاعل لم يجئ على قياسه وهو مهملج اهـ اعلم ان اشتراط الوصف المرغوب فيه اما أن يكون صريحا أو دلالة لما في البدائع في خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة الا أن يكون ذلك شرطا في العقد وان لم يكن مشروطا في العقد وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لان الظاهر انه انما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اهـ والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿باب خيار الرؤية﴾

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية ثم اعلم ان هذا الخيار يثبت للمشتري في شراء الاعيان ولا يثبت في الديون كالمسلم فيه والاثمان وأما في رأس مال السلم ان كان عينا فانه يثبت للبائع أي المسلم اليه الخيار فيه ولا يثبت في كل عقد لا ينفسخ بالرد كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا يحتاج الى قضاء ولا رضا البائع وينفسخ بقوله رددت الا انه لا يصح الرد الا بعلم البائع عندهما خلافا للثاني وهو يثبت حكما لا بالشرط ولا يتوقت ولا يمنع وقوع الملك للمشتري حتى انه لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن وكذا الوهلاك في يده أو صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره كذا في السراج الوهاج وذكر في المعراج ان خيار الرؤية لا يثبت الا في أربعة أشياء في الشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شئ بعينه وفي المعراج لا يطالب البائع المشتري بالثمن قبل الرؤية (قوله شراء ما لم يره جائز) أي صحيح لما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلا عن مكحول مرفوعا من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه وجهالته بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه واطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي وعامة المشايخ قالوا الاطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وصاحب الاسرار والذخيرة من أن الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لم يجز بالاجماع مثل أن يشتري ثوبا في جراب أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيأ ومنه أن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا أو لم يقل صفتها كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كان يقول بعتك شيأ بعشرة كذا في فتح القدير وأراد بما لم يره ما لم يره وقت العقد ولا قبله والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز

﴿باب خيار الرؤية﴾ شراء ما لم يره جائز

﴿باب خيار الرؤية﴾ (قوله واما في رأس مال السلم الخ) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها وأما السلم ففي رأس المال ان كان الخ (قوله مثل أن يشتري ثوبا في جراب الخ) تمثيل لما وجد فيه شرط الجواز وقدمر في عبارة الفتح

(قوله اشترى مايذاق فذاقه ليلا الخ) قال الرملي مفهومه ان ما لا يذاق لو اشتراه ليلا لا يسقط خياره الا برؤيته ولا يشك فيه شاك والظاهر ان النهار فيما يذاق كالليل أيضا فيسقط خياره بذوقه من غير رؤية فلو أسقط لفظة ليلا لكان أولى اهـ قلت وانما قيده به ليفيد ان مجرد الذوق فيما يذاق اذا حصل به المقصود يكفي وان لم توجد رؤية ويفهم بالاولى انه اذا ذاقه

فصارت الرؤية من افراد المعنى المجازي ليشمل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا وما اشتراه الاعمى وفي القنية اشترى ما يذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره (قوله وله أن يرده اذا رآه وان رضي قبله) أى للمشتري رده وان قال رضيت قبل العلم به وأعاد الضمير مذكرا للمعنى لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وأورد طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبلها فانها غير لازمة وهو لازم مع استوائهما في التعلق بالشرط والجواب ان للفسخ سببا آخر وهو عدم لزوم هذا العقد وما كان ليس بلازم فللمشتري فسخه ولم يثبت لها سبب آخر فبقيت على العدم ومنعه في فتح القدير بانا لانسلم انه قبلها غير لازم بل نقول انه بات وانما يحصل له عدم اللزوم عندها فقبلها يثبت حكم السبب وهو اللزوم اهـ وهو مردود لان اللازم ما لا يقبل الفسخ من أحدهما بدون رضا الآخر وهذا يقبله اذا رآه وفي المحيط قيل لا يملك فسخه قبلها وقيل يملكه وهو الاصح لان الفسخ كما يملك بالخيار يملك بسبب عدم لزوم البيع كالعارية والوديعة والوكالة والشركة وعدم اللزوم ثابت بسبب جهالة المبيع واختلفوا هل هو مطلق أو موقت فقيل موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره وان لم توجد الاجازة صريحا ولا دلالة وقيل يثبت الخيار له مطلقا نص عليه في نوادر ابن رستم وذكر محمد في الاصل وهو الصحيح لاطلاق النص والعبرة لعين النص لا لمعناه اهـ وحاصله انه غير لازم قبل الرؤية بسبب جهالة المبيع واذا رآه حدث له سبب آخر بعد لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الاسباب على مسبب واحد ثم اعلم انه لا يملك فسخه الا بعلم البائع وقيد بخيار الرؤية لانه لو قال وله خيار العيب رضيت به قبل أن يراه ثم رآه فلا خيار له لان سبب الخيار فيه العيب وهو موجود قبل العلم بخلافه هنا وافترقا كذا في المعراج وفي ايضاح الاصلاح وللمشتري به الخيار عنده الى أن يوجد مبطله وان قال رضيت قبلها لم يبطل وان رضي قبلها لما فيه من ايهام تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهر اهـ ويرد عليه البيع بشرط البراءة من العيوب فانه صحيح وقالوا انه رضي بجميع عيوبه الظاهرة والباطنة مع انه لم يطلع عليها حتى لو اطلع على عيب باطني لا يعلمه الا الاطباء لا يملك رده فجاز تحقق الرضا قبل العلم والرؤية وفي جامع الفصولين خيار الرؤية وخيار العيب لا يثبتان في البيع الفاسد وفي المحيط اشترى راوية ماء فله الخيار اذا رآه لان بعض الماء أطيب من بعض اهـ فعلى هذا له رد الماء بعد صبه في الحب حيث لم يره قبله أي الزير ولكن سيأتي ان البائع اذا حمله الى منزل المشتري امتنع رده الا اذا حمله اليه وفي حيل الولوالجية رجل باع ضيعة ولم يرها المشتري فاراد أن يبيعها على وجه لا يكون له خيار الرؤية فالحيلة أن يقر بثوب لانسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشتري لانه اشترى شيئين صفقة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية لان فيه تفريق الصفقة على البائع اهـ (قوله ولا خيار لمن باع مالم يره) وهو قول الامام المرجوع اليه لانه معلق بالشراء فلا يثبت دونه وروى

وله أن يرده اذا رآه وان رضي قبله ولا خيار لمن باع مالم يره

نهارا وهو يراه كفى (قوله وأعاد الضمير مذكرا للمعنى) أى ان حقه التأنيث لعوده الى الرؤية لكن لما كان المراد بالرؤية العلم كما تقدم ذكر الضمير مراعاة للمعنى (قوله ومنعه في فتح القدير بانا لانسلم الخ) ما بنى عليه المنع من انه بات هو المفهوم من كلام العناية حيث تعقب الجواب المذكور بان عدم اللزوم باعتبار الخيار فهو ملزوم الخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ماهو شرط للازم فهو شرط للملزوم اهـ وأجاب عن هذا التعقب في الحواشي السعدية بانا لانسلم ان عدم لزومه للخيار بل لعدم وقوعه منبرما غاية ما في الباب ان عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونها وقوله والخيار الخ ممنوع لان المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر (قوله وهو مردود الخ) قال في النهر ماذكره هو بالرد أليق لان الشارع حيث علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة بالرؤية لزم القول بلزومه قبله اهـ وهو مندفع بما مر عن الحواشي تامل (قوله لانه لو قال وله خيار العيب) الواو للحال أى والحال ان له خيار العيب

فانه قبل الرؤية لا يبطله وكذلك قوله والبيع بخيار أي لو كان الخيار للبائع وأما لو كان الخيار للمشتري فيبطله مطلقا كالبيع المطلق كما مر والكلام فيما فارق خيار الشرط فكان الاولى تقييد البيع بما فيه خيار البائع وقوله والاجارة غير صحيح فانه يبطل خيار الرؤية أيضا مطلقا قبل الرؤية وبعدها كما قدمه ولعله بالزاي

و يبطل بما يبطل به خيار الشرط

لا بالراء لكن يبقى مكررا مع قوله بعد ويرد على الكلية الرضا به الخ تامل ثم ان الايراد بهذه المذكورات مندفع عما قدمه من ان هذه كلها دليل الرضا وصريحه قبل الرؤية لا يبطله فدلالته أولى أو بما في النهر حيث قال و يبطل خيار الرؤية بعد ثبوته دل على هذا قوله وان رضي قبلها اه (قوله ولكن يرد عليه ما في جامع الفصولين الخ) أي يرد على صاحب الهداية ولا محل للاستدراك هنا لانه بمعنى ما قبله فكان

أن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة كذا في الهداية وهذا الاثر رواه الطحاوي ثم البيهقي (فائدة) ذكر شيخ الاسلام ابن حجر في تقريب التهذيب جبير ابن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي صحابي عارف بالانساب مات سنة ثمان أو سبع وخمسين ومراده البيع بثمن اما اذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار لان كل واحد منهما مشتر للعوض الذي يحصل له كذا في السراج الوهاج وفي جامع الفصولين يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيلي والوزني اذا كانا عينا فهما كسائر الاعيان وكذا التبر من الذهب والفضة والاواني ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة كالسلم والدراهم والدنانير عينا كان أو دينا والكيلي والوزني لو لم يكونا عينا فهما كنقد دين لا يثبت فيهما خيار الرؤية اذا قبضا اه وفي الظهيرية لو اشترى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية العبد بخيار الرؤية لم ينتقض البيع في الجارية بحصة الالف وفي المحيط باع عينا بعين لم يرها وبدين ثم رآها فردها ينتقض البيع في حصة العين ولا ينتقض في حصة الدين لانه لا خيار في حصته اه (قوله و يبطل بما يبطل به خيار الشرط) أي للمشتري يعني من صريح ودلالة وضرورة فما يفعل للامتحان لا يبطلهما ان لم يتكرر فان تكرر أبطلهما كالاستخدام مرة ثانية وما لا يفعل للامتحان ولا يحل في غير الملك فان كان ذلك التصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق أو بشرط خيار للمشتري والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية و بعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا و يبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا و يرد عليه طلب الشفعة فانه مسقط لخيار الشرط دون خيار الرؤية هو المختار كما في الولوالجية لانه دليل الرضا وصريحه لا يبطله فدلالته أولى كالعرض على البيع واخواته وهذا هو العذر للمؤلف لانه قدم ان صريح الرضا لا يبطله قبلها ولا يردان على صاحب الهداية لانه قال من تعيب وتصرف كما في العناية لكن يرد عليه الاسكان بغير أجر فانه مبطل لخيار الشرط فقط مع انه تصرف ويرد عليه الزيادة فانها تبطلهما والحاصل ان كلا من العبارتين لم يسلم من الايراد فيرد على صاحب الكنز الاخذ بالشفعة والعرض على البيع والبيع بخيار والاجارة والاسكان بلا أجر فانها تبطل خيار الشرط دون الرؤية وهذه لا ترد على صاحب الهداية الا الاسكان فانه تصرف ولكن يرد عليه ما في جامع الفصولين لو أسكن المشتري في الدار رجلا بلا أجر سقط خيار الشرط كما لو أسكن باجر وفي خيار الرؤية لا يسقط الا ان أسكنه باجر اه ولم يقيد بكونه قبل الرؤية ويرد على الكلية أيضا الرضا به قبل الرؤية لا يبطله و يبطل خيار الشرط وأما العرض على البيع فقدمنا انه لا يبطله قبلها و يبطله بعدها والقبض أو نقد الثمن بعد الرؤية مسقط له شراه وحمله البائع الى بيت المشتري فرآه ليس له الرد لانه لو رده يحتاج الى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشتري ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري ولو شرى متاعا وحمله الى موضع فله رده بعيب أو رؤية لو رده الى موضع العقد والا فلا ولو شرى أرضا لم يرها

فزرعها اكاره بطل خياره وكذا لو قال الاكار رضيت وتصرف المشتري في المبيع يسقط خياره الا في الاعارة فانه لو أعار الارض قبل أن يراها ليزرعها المستعير لا يسقط خياره قبل الزراعة كذا في جامع الفصولين وذكر قبله شرى شاة لم يرها فقال للبائع احلب لبنها فتصدق به أو صبه على الارض ففعل بطل خياره في الشاة لقبض اللبن ولو تصرف المشتري وسقط خياره ثم عاد الى ملكه بسبب كالرد بقضاء أو فك الرهن أو فسخت الاجارة لم يرد بخيار الرؤية لانه بطل فلا يعود كذا في المعراج وفي القنية اشترى قوصرة سكر لم يره ثم أخرجه من القوصرة وغربله فلم يعجبه سقط خياره ثم رقم ان خياره باق وقدمنا مسئلة ما اذا حمله المشتري الى بلد آخر وانه لا يرده الا اذا أعاده الى مكان العقد زاد في القنية سواء ازدادت قيمته بالحمل أو انتقص وفي القنية أيضا المشتري مضمون على المشتري بعد الرد بالثمن كما لو كان له خيار الشرط وكذا الرد بالعيب بقضاء وفي ايضاح الاصلاح ومعنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحية أن يثبت له الخيار عندهما اهـ وبه اندفع ما يقال كيف قالوا ببطلان الخيار قبلها مع انه معلق بها كما قدمناه وفي الظهيرية لو اشترى عبدين فقتل أحد العبدين انسان خطأ قبل القبض فأخذ المشتري قيمته من قاتله لا يبطل خياره في الآخر والوطء والولادة تبطل الخيار وان مات الولد عن عيسى بن أبان اذا زوج المشتري الجارية قبل القبض ثم رآها قبل دخول الزوج فله الرد والمهر يصلح بدلا عن عيب التزويج وان كان ارش العيب أكثر من المهر قيل يغرم الباقي وهو الصحيح ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بعدما رآه فالخيار بحاله في رواية المعلى عن أبي يوسف وقال محمد بطل خياره وهو قول أبي حنيفة ولو اشترى شيئين ورآهما ثم قبض أحدهما فهو بالخيار رواه ابن رستم عن أبي حنيفة ورؤية أحدهما لا تكون كرؤيتهما الا اذا قبض الذي رآه أو أتلفه فحينئذ يلزمه وفيه خلاف أبي يوسف اهـ وفي المحيط اشترى عدل ثياب فلبس واحدا منهم بطل خياره في الكل ثم اعلم ان من له الخيار يملك الفسخ الا ثلاثة لا يملكونه الوكيل والوصي والعبد المأذون اذا اشتروا شيئا بأقل من قيمته فانهم لا يملكونه اذا كان خيار عيب ويملكونه اذا كان خيار رؤية أو شرط كما سيأتي في خيار العيب ثم اعلم ان قوله يبطل بما يبطل به خيار الشرط غير منعكس فلا يقال ما لا يبطل خيار الشرط لا يبطل خيار الرؤية لا تتفاضه بالقبض بعد الرؤية فانه مبطل خيار الرؤية والعيب لا خيار الشرط وهلاك بعض المبيع لا يبطل خيار الشرط والعيب ويبطل خيار الرؤية ذكرهما في التلقيح للمحبوبي (قوله وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار) لان الاصل فيه ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود فرؤية وجه الصبرة معرفة للبقية لكونه مكيلا يعرض بالنموذج وهو المكيلات والموزونات فيكتفى برؤية بعضه الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار أي خيار العيب لا خيار الرؤية كما في البناية وظاهر ما في الكافي انه خيار رؤية والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم العيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال كذا في فتح القدير بخلاف ما اذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد

الاكار برضا المشتري بان تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم رآها فليس له أن يردها (قوله ولو تصرف المشتري وسقط خياره الخ) سيأتي آخر الباب كلام في هذه المسئلة (قوله اشترى عدل ثياب فلبس واحدا بطل خياره في الكل) قال الرملي هذا اذا كان غير المرئي على صفة المرئي فان لم يكن بقي خيار الرؤية صرح به في جامع الفصولين اهـ أقول لم يذكر ذلك في جامع الفصولين في هذه المسئلة وانما ذكره في العددي المتقارب نعم ذكر بعده ما يوهم شمول ذلك لمسئلة العدل المذكورة وهو غير مراد لان الثياب متفاوتة فكيف يصح أن يقال ان كان غير المرئي على صفة المرئي ثم ان مسئلة العدل سيذكرها المصنف متنا آخر الباب (قوله وظاهر ما في الكافي انه خيار رؤية) حيث علله بانه انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها (قوله والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب الخ) قال في النهر وعندي ان ما في الكافي هو التحقيق وذلك ان هذه الرؤية اذا لم تكن كافية فالذي أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه

وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار

والجوز والبيض مما يتفاوت آحاده فيما ذكر الكرخي قال في الهداية وينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونه متقاربة وصرح به في المحيط وفي المجرد وهو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على ان رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لانه يعرف الباقي هذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود أما اذا كان أردأ فهو على خياره وأما اذا كان متفاوت الآحاد كالبطاطيخ والرمان فلا تكفي رؤية البعض في سقوط خياره ولو قال رضيت وأسقطت خياري وفي شراء الرحا لا بد من رؤية الكل وكذا السراج بأداته ولبده لا بد من رؤية الكل كذا في فتح القدير وانما ذكر الرقيق ولم يذكر الجارية ليشمل العبد كما في المعراج من أن المعتبر فيهما النظر الى الوجه ولا اعتبار برؤية ما عداه من الاعضاء ولا يشترط رؤية الكفين واللسان والاسنان والشعر عندنا وعن الشافعي اشتراطه وفي المصباح الانموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشئ وهو معرب وفي لغة نموذج بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقا وقال الصغاني النموذج مثال الشئ الذي يعمل عليه وهو تعريب نموذه وقال الصواب النموذج لانه لا تغيير فيه بزيادة اه وقوله والدابة بالجر عطف على الصبرة أي وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها لانه هو المقصود وظاهره انه لا يشترط رؤية القوائم وهو المروي عن أبي يوسف وهو الصحيح كذا في المعراج وقيل يشترط وخص من اطلاق الدابة الشاة فلا بد من الجس في شاة اللحم لكونه هو المقصود وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وشاة القنية هي التي تحبس في البيوت لاجل النتاج اقتنيته اتخذته لنفسي قنية أي أخذ المال للنسل لا للتجارة وفي المجتبى معزيا الى المحيط عن أبي حنيفة في البرذون والحمار والبغل يكفي أن يرى شيأ منه الا الحافر والذنب والناصية كذا في المعراج وفي الظهيرية وفي شاة القنية لا بد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها اه فليحفظ فان في بعض العبارات ما يوهم الاقتصار على رؤية ضرعها والكفل بفتحتين العجز كذا في المصباح وأما الثوب فاكتفى المصنف برؤية ظاهره مطويا لان البادئ يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره ونقصان قيمته وبذلك ينقص ثمنه عليه الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كليهما أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي الظهيرية رؤية الظهارة تكفي الا أن تكون البطانة مقصودة بان كانت بسمور أو نحوه فتعتبر رؤيته اه وأما الدار فظاهر الرواية انه اذا رأى خارجها أو رأى أشجار البستان من خارج فانه يكتفي به وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول داخل الدار للتفاوت فالنظر الى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل وفي جامع الفصولين وبه يفتى فالحاصل ان المؤلف رحمه الله تعالى اختار قول زفر في الدار وكان ينبغي له اختياره في الثوب فان المختار قوله فيهما وشرط بعضهم رؤية العلو والمطبخ والمزبلة وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام ولم يذكر المصنف بقية أنواع المبيعات ولا بد من ذكرها قالوا لا بد في البستان من رؤية ظاهره وباطنه وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيأ وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وفي التحفة

الى خيار العيب فتدبره (قوله فليحفظ فان في بعض العبارات الخ) قال في النهر وأقول الظاهر انه لو اقتصر على رؤية الضرع كفاه كما جزم به غير واحد

لو

لو نظر فى المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه مارأى عينه بل رأى مثاله ولو اشترى سمكا فى ماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى فى الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وان كان المبيع مما يطعم فلا بدمن الذوق لانه المعرف المقصود وان كان مما يشم فلا بدمن شمه كالمسك وفى الولوالجية اشترى نافجة مسك فاخرج المسك منها ليس له الرد بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان الاخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعا اه وفى جامع الفصولين اشترى دارا واستثنى منه بيتا معينا لا بدمن رؤية المستثنى فكما يشترط رؤية المبيع لسقوط الخيار يشترط رؤية المستثنى لان جهالة وصف المستثنى توجب جهالة فى المستثنى منه اه وقدمنا عن الخانية حكم ما اذا اشترى مغيبا فى الارض وفى الظهيرية وفى الثمار على رؤس الاشجار يعتبر رؤية جميعها بخلاف الموضوعة على الارض وفى تراب المعدن وتراب الصواغين يعتبر رؤية مايخرج منه ورؤية أحد المصراعين أو أحد الخفين او أحد النعلين لا يكفى ولا يكفى ان يرى ظاهرا لطنفسة مالم ير وجهها وموضع الشى منها وما كان له وجهان مختلفان تعتبر رؤيتهما اه وفى المعراج وفى البساط لا بدمن رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قلت وينبغى ان يشترط رؤية الصرم فى زماننا التفاوته وكونه مقصودا وفى الوسادة المحشوة لورأى ظاهرها ان كانت محشوة مما يحشى مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى مثلها فله الخيار اه وفى المحيط الاصل ان غير المرئى ان كان تبعا للمرئى فلا خيار له فى غير المرئى وان كان غير المرئى أصلا فان كان رؤية مارأى لم تعرفه حال رؤيته بقى خياره وان كانت تعرفه بطل اه (قوله ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله) أى بان قبض الوكيل وهو ينظر اليه كذا فى البدائع وهذا عند أبى حنيفة وقالا هما سواء وله الرد لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك مالم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق توكيله واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه فان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا فى المبيع قيد الوكيل بالقبض لانه لو كان وكيلا بالشراء فرؤيته مسقطة للخيار بالاجماع كذا فى الهداية ثم اعلم انهم جعلوا الوكيل بالقبض كالرسول فى مسائل منها لا يصح ابراؤه بخلاف الوكيل بالبيع ومنها الارجوع عليه بالثمن اذارد المبيع بعيب بعد مادفع الى الموكل بخلاف الوكيل بالبيع ومنها الحالف لا يقبض فوكل به حنث بخلاف لا يبيع فوكل لا يحنث ومنها تصح كفالة الوكيل بقبض الثمن المشترى بخلاف الوكيل بالبيع ومنها قبول شهادة الوكيل بقبض الدين به وستأتى المسائل فى كتاب الوكالة تماما ان شاء الله تعالى وبهذا يترجح قولهما هنا انه بمنزلة الرسول ورؤية الرسول بالشراء لا تسقط الخيار كذا فى المحيط وفى المعراج قيل الفرق بين الرسول والوكيل ان الوكيل لا يضيف العقد الى الموكل والرسول لا يستغنى عن اضافته الى المرسل واليه الاشارة فى قوله تعالى

ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله

(قوله دون الصرم) الصرم الجلد قاموس (قوله ومنها تصح كفالة الوكيل بقبض الثمن المشترى) الوكيل فاعل الكفالة والمشترى بالنصب مفعول وفى النهر للمشترى باللام فهى اما للتقوية أو بمعنى عن والا فالمكفول له بالثمن هو البائع

(قوله وفي الفوائد الخ) هذا لا ينافي ما قبله لان ذاك في الفرق بين الرسول والوكيل وهذا فرق بين التوكيل والارسال أي ما يصير به الوكيل وكيلا وما يصير به الرسول رسولا من الالفاظ وحاصل الفرق بين الاولين ان الوكيل مباشر والرسول مبلغ وهذا ما سيأتي في كتاب الوكالة

عن تهذيب القلانسي الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة وحاصل الفرق بين الثانيين ان الوكيل يصير وكيلا بالفاظ الوكالة والرسول يصير رسولا بالفاظ الرسالة ومطلق الامر فالامر رسالة لا وكالة ويخالف هذا ما سيأتي في الوكالة عن البدائع من ان الايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه وقال المؤلف هناك فان قلت ما الفرق بين التوكيل والارسال فان الاذن والامر توكيل كما علمت قلت الرسول أن يقول له أرسلتك أو كن رسولا عني في كذا وقد جعل منها الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه وصرح في النهاية فيه معزيا الى الفوائد الظهيرية انه من التوكيل وهو الموافق لما في البدائع اذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اه أقول المنقول هنا عن الفوائد ان الامر ارسال اذا لا توكيل فتأمل لكن سيذكر المؤلف في الوكالة عن الولوالجية ما يدل على ان الامر توكيل اذا دل على انابة المأمور مناب الامر فراجعه (قوله فله خيار الرؤية ولو لم يره) الذي في جامع الفصولين لو لم بدون واو (قوله ويكره ذبحه) جعله في الاشباه والنظائر مما لم ير حكمه وتأليفها متأخر عن هذا الشرح وزاد في الاشباه على ما لم يره حضانته ثم قال وينبغي أن يكره ذبحه وأما حضانته فان

وصح عقد الاعمى وسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه

يا أيها الرسول بلغ وقوله تعالى وما أنت عليهم بوكيل قل لست عليكم بوكيل نفي الوكالة وأثبت الرسالة وفي الفوائد صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلا في قبض المبيع أو وكلتك بقبضه وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عني في قبضه أو أمرتك بقبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع اليك وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه ونقض قول الامام ان الوكيل كالموكل بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما أحدهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض سقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بان سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يتأتى على القول بان مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية كذا في فتح القدير وفي الظهيرية ولا يجوز التوكيل باسقاط خيار الرؤية اه وفي جامع الفصولين والتوكيل بالرؤية مقصودا لا يصح ولا تصير رؤيته كرؤية موكله حتى لو شرى شيأ لم يره فوكل رجلا برؤيته وقال ان رضيته فخذه لم يجز والوكيل بالشراء لو شرى ما رآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله خيار الرؤية ولو لم يره وهذا فيما اذا وكله بشراء شئ لا بعينه ففي المعين ليس للوكيل خيار الرؤية وكله بشراء قن بلا عينه فشرى قنا رآه الوكيل فليس له ولا لموكله خيار الرؤية وكذا خيار العيب اه وانما لم يصح التوكيل بالرؤية لانها من المباحات يملكها كل واحد فلا تتوقف على توكيله وفي المحيط ولو وكل رجلا بالنظر الى ما اشتراه ولم يره ان رضي يلزم العقد وان لم يرض يفسخه يصح التوكيل فيقوم نظره مقام نظر الموكل لانه جعل الرأي والنظر اليه فيصح كما لو فوض الفسخ والاجازة اليه في البيع بشرط الخيار اه وهو مخصص لاطلاق قولهم لا يصح التوكيل بالرؤية مقصودا فيقال الا اذا فوض اليه الفسخ والاجازة (قوله وصح عقد الاعمى) اي بيعه وشراؤه وسائر عقوده لانه مكلف محتاج اليها فصار كالبصير ولتعامل الناس له من غير نكير فصار بمنزلة الاجماع وبه قال الائمة الثلاثة وقد كتبت في الفوائد ان الاعمى كالبصير الا في مسائل لا جهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وان وجد قائدا في الكل ولا يصلح كونه شاهدا ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع على المذاهب ولا دية في عينيه وانما الواجب حكومة عدل وكره اذانه وحده وامامته الا أن يكون اعلم القوم ولا يجوز اعتاقه عن الكفارات ولا كونه اماما أعظم ولا قاضيا ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده في القبلة (قوله وسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه) لان هذه الاشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير والمراد بسقوطه سقوطه اذا وجدت هذه الاشياء قبل الشراء ثم اشترى وأما

أمكن حفظه المضمون كان أهلا والا فلا (قوله فى جامع الفتاوى هو أن يوقف) أى الوصف المعتبر هو كذا وفى بعض النسخ فى جامع الفصولين والذى فى الفتح الاول (قوله وهـل يجس الموضع الخ) قال فى النهر أقول المنقول فى السراج ما لفظه وان كان ثوبا فلابد من صفة طوله وعرضه ودقته مع الجس وفى الحنطة لابد من اللمس والصـفة وفى الادهان لابد من الشم وفى العقار لابد من وصفه قال وكذا الدابة والعبد والاشجار وجميع مالا يعرف بالجس والذوق اهـ

وفى التتارخانية وفى الثمر على

اذا اشترى قبل هذه فهذه مثبتة للخيار له لانها مسقطة ويمتد الى أن يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعـل فى الصحيح وعبارة الولوالجية ان هذه الاشياء منه بمنزلة النظر من البصير وقوله يجس المبيع معناه ان كان مما يجس وشمه ان كان مما يشم كالمسك والذوق فيما يذاق باللسان وأما اذا اشترى عقارا فرؤيته بوصفه له فى جامع الفتاوى هو أن يوقف فى مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر صفته ولا يخفى ان ايقافـه فى ذلك المكان ليس شرطا فى صحة الوصف وسقوط الخيار به ولذا لم يذكره فى المبسوط واكتفى بذكر الوصف لانه أقيم مقام الرؤية فى السلم وممن أنكره الكرخى وقال وقوفه فى ذلك الموضع وغيره سواء فى انه لا يستفيد بذلك علما كذا فى فتح القدير وظاهر ما فى الكتاب ان الوصف انما يكتفى به فى العقار وان غـيره لا يوصف له وعن أبى يوسف اعتبار الوصف فى غـير العقار أيضا وظاهره أيضا انه لا شرط مع الوصف فى العقار وقال مشايخ بلخ يجس الحيطان والاشجار وظاهره أيضا ان الجس فيما عدا ما يشم ويذاق والعقار واستثنى منه فى فتح القدير الثمر على رؤس الاشجار انه يعتبر فيـه الوصف لانه لا يمكن جسه ولابد فى الوصف للاعمى من كون الموصوف على ما وصف له ليكون فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير كذا فى البـدائع والحاصل كما فى المعراج ان الخيار ثابت للاعمى لجهله بصفات المبيع فاذا زال ذلك باى وجه كان سقط خياره ولذا قال فى الكامل عن محمد يعتـبر اللمس فى الثياب والحنطة وحكى ان أعمى اشترى أرضا فقال قودونى اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى انتهـى الى موضع منها فقال أموضع كدس هذا قالوا لا فقال هـذه الارض لا تصلح لانها لا تكسونفسها فكيف تكسونى وكان كما قال فاذا كان هـذا الاعمى بهذه الصـفة فرضى بها بعـد مامسها سقط خياره اهـ وقال الحسن يوكل الاعمى وكيلا بقبضه وهو يراه يسقط خياره قال فى الهداية وهـذا أشبه بقول أبى حنيفة حيث جعـل رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف للاعمى ثم أبصر فلا خيار له لانه قد سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصـير ثم عمى انتقل الخيار الى الوصف وفى المصباح جسه بيده جسا من باب قتـل واجتسه ليتعرفه اهـ وظاهر كلام المصنف ان الجس يكتفى به فى الرقيق والثياب والدواب وشاة القنيـة وكل شئ يمكن جسه وفى الاصـل وجس الاعمى فى المتاع والمنقولات مثـل نظر البصـير لان التقليب والجس مما يعـرف بعض اوصاف المبيع من اللين والخشونة وان كان ممـا لا يعرف الجميع فيقام مقام النظر حالة العجز كما تقام الاشارة من الاخرس مقام النطق للعجز كذا فى المحيط وهل يجس الموضع الذى يراه البصير فيجس من الرقيق وجهه ومن الحيوان الوجه والكفل حتى لو مس غيرهما لا يكتفى به لم أره والظاهر اشتراطه (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما) لان رؤية أحدهـما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحـده كيلا يكون تفريقا للصفقة قبـل

رؤس الشجر تعتبر الصفة وبهذا بطل قوله فى البحر وهـل يشترط أن يجس الموضع الذى يكتفى برؤية البصير له الخ وذلك لانه اذا كان يكتـفى فى نحو العبـد والامة بالوصف فلا معنى لاشتراط الجس اهـ قلت هذا ظاهر على مانقـله عن السراج أما

ومن رأى أحد الثوبين واشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما

على ماذكره المؤلف من ظاهـر كلام المصنف وصريح كلام الاصـل من الاكتفاء بالجس فلاشتراطه معنى ظاهر كما لا يخفى والظاهر ان فى المسئلة قولين أحدهما ما فى السراج من انه لابد فى نحو العبد والدابة من الوصف والثانى ماذكره المؤلـف من الاكتفاء بالجس وكلامه مبنى على هذا القول فلا يراد ساقط

فتدبر ويؤيد ما قلنا من القولين ما قدمه المؤلف من قوله وعن أبى يوسف اعتبار الوصف فى غير العقار أيضا وما عن أئمة بلخ من انه يمس الحيطان والاشجار وما عن محمد من اعتباره أيضا فى الثياب والحنطة والظاهر ان قول السراج لابد من الوصف محمول على من لم يدرك بالجس يؤيده ان فى معراج الدراية بعـد ماذكر الروايات التى قـدمها المؤلف قال وفى الجملة ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتـبر فحينئذ لا تختلف هذه الروايات فى المعنى لان الخيار ثابت للاعمى لجهـله بصفات المبيع فاذا زال ذلك باى وجـه زال يسقط

التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون فسخا من الاصل وفي النهاية الصفقة العقد الذي تناهى في موجبه ولذا قال عمر رضي الله تعالى عنه البيع اما صفقة أو خيار أي اما يتناهى في اللزوم أو غير لازم بان كان فيه خيار و ورد النهي عن تفريق الصفقة وانما قدم على حديث خيار الرؤية لان حديث النهي محكم وحديث خيار الرؤية خص منه ما اذا تعيب أو أعتقه أو باعه أو لانه محرم وذلك مبيح أو لكونه متاخر الثلا يلزم تكرار النسخ اه وتعقب الاول بانه أيضا مخصوص بما قبل التمام وما أجاب به في العناية من انه انما قيد به بالقياس على ابتداء الصفقة غير دافع كما لا يخفى وفي المصباح الصفقة العقد وكان العرب اذا وجب البيع ضرب بيده على يد صاحبه اه والاولى ما في فتح القدير من أنا عملنا بالحديثين غاية الامر انا شرطنا أن يردهما جميعا عملا بحديث الصفقة جمعا بينهما والحاصل انه ليس له رد البعض وامساك البعض في خيار الرؤية والشرط قبل القبض و بعده لكونه تفريقا قبل التمام لكونه مانعا من التمام في الرؤية ومن الابتداء في الشرط وله ذلك في خيار العيب بعد القبض لتمامها والخيار مانع من اللزوم فقط لا قبله لكون القبض من تمامها وأما اذا استحق البعض فان كان المبيع واحدا فله الخيار مطلقا قبل القبض و بعده وان كان متعددا فان كان قيميا وقبض البعض ولم يقبض البعض فاستحق البعض له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان مثليا فاستحق بعضه فان كان قبل القبض خير والا فلا واستفيد من كلام المؤلف انه لو رآهما فرضي باحدهما انه لا يرد الآخر لما ذكرنا والحاصل انه اذا استحق بعض المبيع فان كان قبل قبض الكل أو البعض تخير مطلقا متعددا أو واحدا مثليا أو قيميا وان كان بعد قبض جميعه فلا خيار في الكل الا في قيمي واحد استحق بعضه فانه يتخير وفي خيار العيب اذا اطلع على عيب بالبعض فان كان بعد القبض رد المعيب وحده الا في قيمي واحد فيرد الكل وان كان قبله يرد الكل وفي خيار الشرط والرؤية لا يرد الا الكل قبل القبض و بعده (تنبيه) وقع في الهداية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده فحمله بعض الشارحين على ما اذا قبضه مستورا أما اذا قبضه مكشوفا بطل خياره ورده في المعراج بان الخيار يبقى الى أن يوجد ما يبطله وأقره في البناية عليه (قوله ولا يورث كخيار الشرط) لانه ثابت بالنص للعاقد وهو ليس بعاقد ولانه وصف فلا يجري فيه الارث كما قدمناه بخلاف خيار العيب والتعيين وقد أسلفناه (قوله ومن اشترى ما رأى خير ان تغير والا لا) أي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالاوصاف حاصل له بالرؤية السابقة و بفواته يثبت الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره واطلق قوله والا لا وهو مقيد بشيئين الاول ان يعلم انه مرئيه وقت الشراء فلو لم يعلم به له الخيار لعدم الرضا به كما في الهداية الثاني ان تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء فلو رآه لا لقصد الشراء ثم اشتراه فله الخيار كما في الظهيرية معبرا عنه بقيل ووجهه ظاهر لانه اذا رأى لا لقصد الشراء لا يتأمل كل التامل فلم تقع معرفة وفيها لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لانه ربما يكون الارداً باكثر الثمنين وهو لا يعلم ولو رأى ثيابا فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقي ولا يعرف الباقي فله الخيار اه وفي المحيط ولو سمى لكل واحد عشرة فلا خيار له لان الثمن لما لم يختلف استويا في الاوصاف ولو قال المصنف ومن اشترى ما رأى فلا خيار له الا اذا تغير لكان أولى لان الاصل فيما رآه عدم الخيار ولذا لو اختلفا فالقول للبائع وفي الظهيرية لو اشترى جارية لم يرها فجاء بها البائع متنقبة لا يعرفها المشتري فقبضها فهو

قبض

ولا يورث كخيار الشرط ومن اشترى ما رأى خير ان تغير والا لا

خياره اه بحروفه ثم هذا الكلام بعد عدم اشتراط جس الموضع الذي يراه البصير خلاف ما بحثه المؤلف فليتامل (قوله ورده في المعراج الخ) مخالف لما قدمه المؤلف من قوله والقبض أو نقد الثمن بعد الرؤية مسقط له اه ومثله في فتح القدير وجامع الفصولين (قوله ووجهه ظاهر) قال الخير الرملي في حاشية المنح هو خلاف الظاهر من الرواية وقد ذكره في جامع الفصولين أيضا بصيغة قيل وهي صيغة التمريض

قبض وكذا لواشترى خفا فالبسه البائع اياه وهو نائم فقام ومشى وهو لا يعلم فهو قبض وله الخيار فى المسئلتين اذا لم ينقصه المشى اه (قوله وان اختلفا فى التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر أطلقه وهو مقيد بما اذا قربت المدة لان الظاهر شاهد له أما اذا بعدت المدة فالقول للمشترى لان الظاهر شاهد له وفى المبسوط فان بعدت المدة بان رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشترى وبه يفتى الصدر الشهيد والامام ظهير الدين المرغينانى كذا فى الذخيرة ولم يرد التحديد فى تغير كل مبيع ففى الظهيرية ولو رأى شيأ ثم اشتراه فلاخيار له الاأن تطول والشهر طويل ومادونه قليل ولو تغير فله الخيار بكل حال ولا يصدق فى دعوى التغير الابحجة الااذا طالت المدة اه وفى فتح القدير جعل الشهر قليلا (قوله وللمشترى لوفى الرؤية) أى القول للمشترى مع يمينه لوقال البائع له رأيت قبل الشراء وقال المشترى ما رأيت أوقال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت فقال رضيت قبل الرؤية ولذا أطلق فى الكتاب لان البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بالصفة والمشترى ينكره فالقول له وما فى فتح القدير من انه ينبغى أن يكون القول للبائع لان الغالب فى البياعات فى الاسواق كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشترى تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن تمسك بالظاهر لا بالاصل الاأن يعارضه ظاهر آخر اه مدفوع بما ذكرناه فى قاعدة ان الاصل العدم فراجعها ان شئت وفى المحيط لو أراد المشترى أن يرده فانكر البائع كون المردود مبيعا فالقول للمشترى وكذلك فى خيار الشرط لانه انفسخ العقد برده وبقى ملك البائع فى يده فيكون القول قول القابض فى تعيين ملكه أمينا كان أوضمينا كالمودع والغاصب فلو اختلفا فى الرد بالعيب فالقول للبائع لان العقد لا ينفسخ بفسخ المشترى حتى يلزمه القاضى فبقى المشترى مدعيا حق الفسخ والبائع ينكر فيكون القول له اه وهذا ما كتبناه فى الفوائد ان القول للقابض الافى هذه المسئلة وفى الظهيرية فى مسئلة الاختلاف فى التعيين فى خيار الشرط للمشترى وكانت السلعة غير مقبوضة فاراد المشترى اجازة العقد فى عين فى يد البائع فقال البائع ما بعتك هذا وقال المشترى بل بعتنى هذا لم يذكر محمد هذه الصورة فى شئ من الكتب وقالوا ينبغى أن يكون القول قول البائع كما لوادعى بيع هذه العين وأنكر البائع البيع أصلا وأما اذا كان الخيار للبائع والعين غير مقبوضة فاراد البائع الزام البيع فى عين وقال المشترى ما اشتريت هذا ذكر ان القول للمشترى اه والحاصل ان الخلاف ان كان فى التعيين مع خيار الشرط والسلعة مقبوضة فالقول للمشترى سواء كان الخيار له اوللبائع وان لم تكن مقبوضة فان كان الخيار للمشترى فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشترى واذا اختلفا فى اشتراط الخيار فالقول لمنكره عندهما وعنده لمدعيه كما فى المجمع لان منكره يدعى لزوم العقد ومدعيه ينكر اللزوم فالقول له وتمامه فى شرح المجمع وفى القنية اختلفا فى شرط الخيار وأقاما البينة فبينة مدعى الخيار اولى وفى البزازية أقر بقبض المشترى ثم قال لم اركله لا يصدق اه (قوله ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رد بعيب لا بخيار رؤية أوشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لتمامها معه بعد القبض وترك المصنف قيد التسليم فى الهبة ولا بد منه لانه لا يخرج عن ملكه بها الامعه ولذا قيدها به فى الهداية والمفعول فى كلامه مقدر أى رد ما بقى والمسئلة موضوعة فيما اذا كان بعد القبض كما قيده به فى الجامع الصغير والالم يصح بيع الثوب قبل قبضه كذا فى العناية أما قبله فالكل

وان اختلفا فى التغير فالقول قول البائع مع يمينه وللمشترى لوفى الرؤية ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رد بعيب لا بخيار رؤية أوشرط

(قوله أما قبله فالكل سواء) أى خيار العيب والرؤية والشرط

سواء لا تتم الصفقة معه نعم يقع الفرق بين القبض وعدمه فيما اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم اطلع على عيب بأحدهما فانه لا يرد المعيب وحده بخلاف ما اذا كان بعد قبضهما فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن أبي يوسف لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري كذا في الهداية بخلاف ما اذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجاني من ولي الجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف خلافا لمحمد والعذر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما كذا في الشرح والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب وفي فتح القدير ما اعتمده القدوري صححه قاضيخان وحقيقة اللحظ تختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه والاوجه عندي ما ذكره شمس الائمة السرخسي وقوله لان نفس هذا التصرف الى آخره ممنوع وانما يدل لو تصرف في جميع المبيع وانما الكلام هنا فيما اذا تصرف في البعض فحينئذ لو رد الباقي فقط لزم تفرق الصفقة فكان لزوم تفرقها مانعا من رد الباقي فاذا زال عمل المقتضي عمله وكانه اختلط عليه بما اذا باع المبيع كله وسقط خياره ثم رد عليه بما هو فسخ وانه لا يعود خياره كما قدمناه لكن لم يذكروا فيها خلافا والله تعالى أعلم

﴿باب خيار العيب﴾

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه وأما العيب فهو في اللغة يقال عاب المتاع عيبا من باب سار فهو عائب وعابه صاحبه فهو معيب يتعدى ولا يتعدى والفاعل من هذا عائب وعياب مبالغة والاسم العاب والمعاب وعيبه بالتشديد نسبه الى العيب واستعمل العيب اسما وجمع على عيوب كذا في المصباح وفسره في فتح القدير بما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة وأما في الشريعة فما سيذكره المصنف من أنه ما أوجب نقصان الثمن عند التجار (تنبيه) كتمان عيب السلعة حرام وفي البزازية وفي الفتاوى اذا باع سلعة معيبة عليه البيان وان لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته قال الصدر لا نأخذ به اه وقيده في الخلاصة بأن يعلم به

(قوله نعم يقع الفرق الخ) لم يظهر فرق فيما ذكره لان المراد اظهاره قبل القبض ولا رد له فيه تأمل (قوله وكانه اختلط عليه) أي على صاحب الفتح قال في النهر وأقول هذا تهجم على مقام هذا الامام مع عدم التدبر في الكلام وذلك ان جزمهم بعدم عود الخيار فيما اذا باع كله ثم عاد اليه بما هو فسخ من غير ذكر خلاف دليل بين لما اختاره القدوري اذ لو كانت العلة المؤثرة وجود المانع للزم اذا زال أن يعود لكنه لا يعود لانه سقط وشأن الساقط أن لا يعود ودعوى ان بيع الكل مسقط وبيع البعض مانع تحكم ظاهر وهذا معنى قوله لان نفس هذا التصرف الخ فان قلت لو كان كذلك لما احتيج الى التعليل بان في الرد تفريق الصفقة قلت لا مانع من أن يعلل الحكم بعلتين الرضا بالبيع ولزوم تفريق الصفقة غير أنه ما دام خارجا عن ملكه فالتعليل به أظهر فلهذا المعنى فتدبر

﴿باب خيار العيب﴾

(قوله وفسره في فتح القدير الخ) قال الرملي أقول فسره بذلك كثير

﴿باب خيار العيب﴾

(فائدة) سئل بعض الشافعية أقول وهو ابن حجر الهيتمي وهي في فتاواه عن رجل عجان خباز يعجن الخبز للبيع ويبيعه على الناس وهو أبرص أجذم ذو حكة وسوداء فهل يجوز له أن يباشر الخبز المذكور وهو بتلك الصفات أم لا فاجاب بقوله لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه الا أن يبين للمشتري حقيقة الحال لان المشتري لو اطلع على ذلك لم يشتره منه في الغالب وكل ما كان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم وفي وقد قال صلى الله تعالى عليه وسلم من غش أمتي فليس مني وقد نقل غير واحد من الائمة انه يجب على السلطان أو نائبه أن يخرج من به نحو جذام أو برص من بين أظهر الناس ويفرد لهم محلا خارج البلد وينفق على فقرائهم من بيت المال اه وقواعدنا لا تأباه وضابط الغش المحرم أن يشتمل المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه فكل ما كان كذلك يكون غشا وكل ما لا يكون كذلك لا يكون غشا محرما ذكره في الفتاوى المذكورة ولا مانع منه عندنا تأمل اه (قوله قال الصدر لا نأخذ به) قال في النهر أي لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لانه صغيرة ولا فرق في ذلك بين المبيع والثمن الا في مسئلتين الاولى المسلم في دار

وفى الظهيرية وفى الحديث اشترى عداء بن خالد بن هوذة بالذال المعجمة وفتح الهاء وسكون الواو من رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا لا داء فيه ولا غائلة ولا خبثة وهذه الرواية هى الصحيحة كذا ذكره الطحاوى فى شرح مشكل الآثار باسناده الى عبد المجيد قال العداء بن خالد ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت بلى فاخرج الى كتابا واذا فيه بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اشترى العداء من محمد رسول الله الخ وبهذا تبين ان المشترى كان العداء لا محمد رسول الله وفى عامة كتب الفقه هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء لكن الصحيح ما قلنا اهـ (قوله من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أورده) لان مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به دل كلامه انه ليس له امساكه وأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فى مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره أطلقه فشمل ما اذا كان به عند البيع أوحدث بعده فى يد البائع وما اذا كان فاحشا أو يسيرا كذا فى السراج الوهاج وفى جامع الفصولين والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد يرد بفاحش العيب لا بيسيره وفى غيرها يرد بهما والفاحش فى المهر ما يخرجه من الجيد الى الوسط ومن الوسط الى الردىء وانما لا يرد فى المهر بيسيره اذا لم يكن كيليا أووزنيا وأما هما فيرد بيسيره أيضا اهـ ولم يتكلم الشارحون على ما اذا رد البعض هل له أن يعطى مثله سليما قال فى القنية وفى الذخيرة اشترى منا من الفانيد فوجد واحدة أو اثنتين منها أسود فابدله البائع أبيض بغير وزن جاز وفى الثلاث لا يجوز لانها تدخل تحت الوزن ولذا لو اشترى الخبز ووجد خبزا واحدا محترقا فابدله الخباز لم يجز الا بالوزن لانه مما يدخل تحت الوزن فان خمسة أساتير وعشرة وزن حجر فلا تجوز فيه المجازفة قال رضى الله تعالى عنه وعرف به كثير من المسائل وهو ان استبدال الشئ بمثله فى الرد بالعيب انما يجوز مجازفة اذا لم يكن لذلك المقدار من ذلك الجنس حجر يوزن به وان كان له من جنس آخر حجر فلا ألا ترى انه جعل الثلاثة من الفانيد موزونة وان لم يكن ذلك القدر من الخبز موزونا اهـ ولا بد للمسألة من قيود الاول أن يكون العيب عند البائع الثانى ان لا يعلم به المشترى عند البيع الثالث أن لا يعلم به عند القبض وهى فى الهداية الرابع أن لا يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه سبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغى حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص كذا فى فتح القدير ولا حاجة الى قوله ينبغى مع التصريح قال فى الولوالجية اشترى ثوبا فوجد فيه دما ان كان اذا غسله من الدم ينقص الثوب كان عيبا لوجوده والا لا يكون عيبا اهـ ولو اشترى جبة فوجد فيها فأرة ميتة فهو عيب لوجوده فان لبسها حتى نقصها رجع بنقصان العيب لتعذر الرد اهـ وقيدها فى البزازية بان يضرها الفتق فان ضرها يردها وان لم يضرها لم يردها اهـ الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصا أو من العيوب عموما وسيأتى آخر الباب السادس أن لا يزول قبل الفسخ فان زال ليس له الرد مثل بياض العين اذا انجلى والحمى اذا زالت كذا فى السراج الوهاج ويستثنى من اطلاقهم مسائل ذكرناها فى الفوائد الاولى بيع صيد بين حلالين ثم احرما أو أحدهما فوجد به عيبا امتنع رده وانما يرجع بالنقصان كما صرحوا به فى جنايات الاحرام الثانية قال فى البغية والقنية لو كان فى الدار باب فى الطريق الاعظم وبابه فى سكة غير نافذة أقام أهلها بينة انهم أعاروا البائع هذا الطريق فامر القاضى بسده يخير المشترى ان شاء رده وان شاء رجع بنقصان ذلك الطريق والتخيير هنا بخلاف سائر العيوب اهـ الثالثة اشترى الذمى

الحرب اذا اشترى شيأ ودفع الثمن عروضا مغشوشة أودراهم زيوفا جازان كان حرا لا عبدا كذا فى الولوالجية الثانية يجوز اعطاء الزيوف والناقص فى الجبايات اهـ وأقول قوله اذا اشترى شيأ صوابه أسيرا بدل قوله شيأ كما رأيته فى الولوالجية وعلل الفرق بين الحر والعبد بان شراء الاحرار ليس بشراء ليجب اعطاء

من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أورده

المسمى (قوله هذا ما اشترى) قال الرملى فى نسخة ما اشتراه (قوله فاحشا أو يسيرا الخ) فى البزازية اشترى كرما فبان ان شربه من ناوق على ظهر نهر له الرد لانه عيب فاحش والعيب اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين وتفسيره أن يقوم سليما بالف ومع العيب باقل وقومه آخر مع العيب بالف أيضا والفاحش ما لو قوم سليما بالف وكل قومه مع العيب باقل (قوله على ما اذا رد البعض) قال الرملى فى نسخة الردىء (قوله الثالث أن لا يعلم به عند القبض) قال فى

الثمرية لا لية يقتضي ان مجرد الرؤية رضا ويخالفه قول الزيلعي ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اه وكذا
ما في شرح المجمع ولم يرض به بعد رؤيته (قوله وكذا خيار الشرط) أقول تقدم في بابه عند ذكر ثمرة الاختلاف بين
الامام وصاحبيه في دخول المبيع في ملك المشتري وعدمه فيما لو كان الخيار له فذكر من جملة المسائل لو كان المشتري عبدا مأذونا فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله اه فتامل (قوله الحادي عشر) قال في المحيط وقع في بعض النسخ التعبير عنها بالعاشرة فذكر العاشرة مرتين وبعد هذه العاشرة وقع ذكر الحادية عشر والثانية عشر الى الخامسة عشر الآتية في التنبيهات وظاهر كلام الرملي ان نسخته كذلك وهي غلط من الكاتب لان الكلام في المسائل المستثناة من اطلاقهم التخيير بين أخذ المعيب بكل الثمن أو رده والمسائل الخمس الآتية ليست من ذلك مع ما في ذكر العاشر مرتين كما علمته فالصواب ذكرها بعد العاشر من التنبيهات المهمة كما في هذه النسخة الموافقة لاغلب النسخ في كون المسائل المستثناة عشرة والتنبيهات خمسة عشر لا بالعكس نعم كان ينبغي ذكر التنبيه الخامس عشر المنقول عن الصغرى مع المسائل المستثناة فانه منها وسنذكر عن الرملي استثناء مسئلة أخرى فتكون اثني عشر مسئلة تامل

خمرا وقبضها وبه عيب ثم أسلم سقط خيار الرد كذا في مهر فتح القدير الرابعة اشترى كفنا للميت ووجد به عيبا لا يرد ولا يرجع بالنقصان ان تبرع به أجنبي ولو وارثا رجع بالنقص ان كان من التركة اه الخامسة اشترى من عبده المأذون المديون المستغرق فوجد به عيبا لا يرده عليه ولا على بائعه ان كان الثمن منقودا وان لم ينقده المولى وقبض المبيع أولا ووجد به عيبا يرده ان كان الثمن من النقود أو كيليا أو وزنيا بغير عينه لانه يدفع بالرد مطالبة المأذون من نفسه وان كان عرضا لا يمكن الرد وفي المحيط لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد به عيبا لا يرده ولا يرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اه السادسة باع نفس العبد من العبد بجارية ثم وجد بها عيبا رد الجارية وأخذ من العبد قيمة نفسه عندهما وعند محمد يرجع بقيمة الجارية السابعة باع الوارث من مورثه فمات المشتري وورثه البائع ووجد به عيبا رد الى الوارث الآخر ان كان وان لم يكن له سواه لا يرد ولا يرجع بالنقصان وكذا اذا اشترى لنفسه من ابنه الصغير شيأ وقبضه وأشهد ثم وجد به عيبا يرفع الامر الى القاضي حتى ينصب عن ابنه خصما يرده عليه ثم يرد الاب لابنه على بائعه وكذا لو باع الاب من ابنه وكذا لو باع من وارثه فورثه المشتري ووجد به عيبا يرفع الامر الى القاضي فينصب خصما فيرده المشتري اليه ويرده القيم الى الوارث نقده الثمن أولا في الصحيح الثامنة اشترى العبد المأذون شيأ وابرأه البائع عن الثمن لا يرده بالعيب وان المشتري حرا لو بعد القبض فكذلك وان قبله فله الرد لانه امتناع عن القبول وكذا خيار الشرط التاسعة لو اصطلحا على أن يدفع البائع شيأ والمبيع للمشتري جاز بخلاف ما لو اصطلحا على أن يدفع المشتري شيأ والجارية للبائع لا لانه ربا والمسائل المذكورة من الرابعة الى الثامنة في البزازية العاشرة اشترى اناء فضة مشارا اليها فوجده رديئا ليس له الرد الا اذا كان به كسر أو غش وكذا اذا اشترى جارية فوجدها سوداء تام الخلقة ليس له الرد لان الغالب في الجواري ليس بعيب الحادي عشر قال في المحيط وصي أو وكيل أو عبد مأذون اشترى شيأ بالف وقيمته ثلاثة آلاف درهم فليس له أن يرده بالعيب لما فيه من الاضرار باليتيم والموكل والمولى ولو كان في خيار الشرط والرؤية فله الرد لعدم تمام الصفقة اه (تنبيهات مهمة) الاول وجد بالمبيع الذي له حمل ومؤنة عيبا ورده فمؤنة الرد على المشتري الثاني اشترى عبدا وتقابضا وضمن رجل له عيوبه فاطلع على عيب ورده لا ضمان عليه على قياس قول الامام لانه باطل كضمان العهدة ولو ضمن له ضمان السرقة أو الحرية فوجده مسروقا أو حرا أو المجنون أو العمى فوجده كذلك رجع على الضامن بالثمن ولو مات عنده وقضى بالنقص رجع به على ضامن الثمن ولو ضمن له حصة ما يجده فيه من العيب جاز عند الامامين ان رد رجع بالثمن كله وان تعيب عنده رجع بحصة العيب على الضامن كما يرجع على البائع وان ضمن ما لحقه من الثمن من عهدة هذا البيع كان كذلك عند الامام ان استحق رجع بالثمن الثالث ادعى عليه عيبا في المبيع فاصطلحا على أن يبذل البائع للمشتري مالا ثم بان انه لا عيب أو كان لكنه برئ استرد بدل الصلح اه الرابع اطلع على عيب بالغلام أو الدابة فلم يجد المالك فاطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه بما يدل على الرضا برده لو حضر

ويرجع

قوله لان للقضاء نفاذا فى الاظهر عن أصحابنا) تقدم الكلام فى القضاء على الغائب فى كتاب المفقود ويأتى فى القضاء (قوله وفى السراج الوهاج وان قال ذلك بعد القبض الخ) قال الرملى أقول عبارة جامع الفصولين ولو رده بعد قبضه لا ينفسخ الا برضا البائع أو بحكم اه فقوله الا برضا البائع يدل على انه لو وجد الرضا بالفعل كتسلمه من المشترى حين طلبه الرد ينفسخ البيع وقدم فى بيع التعاطى لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن انها ليست له فاخذها ورضى فهى بيع بالتعاطى كما فى فتح القدير وفيه أيضا ان المعنى يقوم مقام اللفظ فى البيع ونحوه ومن المقرر عندهم ان الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بغيره (قوله باع بعيرا الخ) قال الرملى يكثر فى بلادنا ان المشترى اذا اطلع على عيب أو ظهر غبنه فى الدابة يأتى بالمبيع الى بائعه ويدخله الى منزله و يقول دونك دابتك لا أريدها او يرجع فتهلك ولا شك انها تهلك على المشترى لان هذا ليس ردا ولو تعهدها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ للبيع قولا أو فعلا لا صريحا أو دلالة (قوله الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب الا اذا لم يكن وارث) فى بعض النسخ وارثا بالنصب تامل قال الرملى وقد نقل بعضهم عن التتارخانية ان

القاضى لو باع مال الصغير من رجل وسلمه الى المشترى ثم وجد المشترى عيبا فليس له أن يخاصم القاضى فى الرد بالعيب وكذلك اذا باع بعض امناء القاضى مال الصغير لا سبيل للمشترى فى الخصومة فى الرد على البائع فانه نائب عن القاضى وحكمه حكم المنوب اه فهذا مما استثنى أيضا ولم يذكره هذا الشارح فتامله اه وهذه المسئلة التى وعدنا بها وحقها أن تكتب هناك لكنه كتبها هنا ولم يذكر هل له الرد على الصغير اذا كبر فراجعه

و يرجع بالنقصان ان هلك وفى الحاوى القدسى انه اذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا وهو غريب والمعتمد انه على التراخى الخامس اطلع على عيب فاعلم القاضى و برهن على الشراء والعيب فوضعها القاضى عند عدل وماتت عنده ثم حضر البائع ان كان لم يقض بالرد على الغائب لم يرجع عليه بالثمن وان كان قضى رجع لان للقضاء نفاذا فى الاظهر عن أصحابنا وفى السراج اشترى دابة فى دار الاسلام وخرج عليها غازيا واطلع على عيب بغيبة البائع لا يركبها وان فى دار الحرب لانه رضا وان أمره الامام لكن اذا قضى بان الركوب ليس برضا نفذ وأمضاه القاضى الثانى السادس خاصم البائع فى العيب ثم ترك الخصومة زمانا وزعم أن الترك كان لينظر هل هو عيب أم لا له الرد السابع أقر المشترى بعدما اطلع على عيب أو قبله ان المبيع كان لفلان غير البائع وكذبه فلان له الرد على البائع وتمام مسائل الاقرار للغير بالمبيع مذكورة فى الولوالجية الثامن عثر على عيب فقال للبائع أن لم أرده اليك اليوم رضيت به قال محمد القول باطل وله الرد التاسع قال البائع ركبتها بعد العثور على العيب فى حاجتك وقال المشترى بل ركبتها لاردها عليك فالقول قول المشترى العاشر اطلع على عيب قبل القبض فقال المشترى للبائع رددته عليك بطل البيع قبل البائع أولا والكل من البزازية وفى السراج الوهاج وان قال ذلك بعد القبض لم يكن ذلك ردا ما لم يقل البائع قبلت أو رضيت ثم اذا رده برضا البائع كان فسخا فى حقهما بيعا فى حق غيرهما اه وان رده بحكم فهو فسخ عام وكذا كل عقد ينفسخ بالرد ويكون المردود مضمونا بما يقابله كذا فى جامع الفصولين وفى القنية اشترى حمارا ووجد به عيبا قديما فاراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيبا قديما آخر فله رده مع الدينار ثم رقم لآخر انه يرجع بنقصان العيب وعنه انه يرده اه الحادى عشر باع بعيرا فوجده المشترى معيبا فرده فقال له البائع اذهب فتعهده الى عشرة أيام فان برئ فلك البعير وان هلك فمن مالى لا يكون ردا كذا فى القنية الثانى عشر المشترى اذا رد المبيع بالعيب فانه يرجع بالثمن على بائعه الا فى مسئلة فى القنية باع عبدا وسلمه ثم وكل وكيلا بقبض الثمن فاقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد البائع الموكل برئ المشترى ولا ضمان على الوكيل فان وجد المشترى به عيبا رده ولا يرجع بالثمن على البائع لاقرار الوكيل ولا على الوكيل لكونه أمينا وليس بعاقد والثانية فى الفوائد الثالث عشر قال البائع بعته لك معيبا بهذا العيب وقال المشترى اشتريته سليما فالقول للمشترى ثم رقم أنه ينبغى ان يحكم الثمن يعنى ان كان الثمن يسيرا فالقول للبائع والا فللمشترى اه الرابع عشر اشترى حمارا بثلاثة دنانير ذهب ثم أعطاه عوضها دراهم ثم رده بعد شهر بعيب وقد انتقص سعر الدراهم فله أن يطلب من البائع عين الذهب وبمثله أجاب فى الاقالة الا اذا دفع مكان الذهب حنطة وهى وما قبلها فى القنية الخامس عشر الموصى له لا يملك الرد بالعيب الا اذا لم يكن وارث كذا فى الصغرى (قوله وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب) لان

(قوله وذلك بانتقاص القيمة) يفيد ان المراد بالثمن القيمة يدل عليه ما نقله عن المحيط قبيل التنبيهات في المسئلة الحادية عشر
(قوله وكما في جارية تركية لا تعرف التركية) أي فله الرد لان ذلك عيب واذا اشترى جارية هندية فوجدها لا تحسن

المقصود نقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات كذا في فتح القدير فلا يقتصر الحكم على التجار أطلقه فشمل ما اذا كان ينقص العين أو لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل بمجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك كما في فتح القدير وقيد في المعراج الظفر الاسود لكونه عيبا بالاتراك اما في الحبش فلا وقيد في البزازية عدم معرفة اللسان بان يعده أهل الخبرة عيبا وقال القاضي في المولد لا يكون عيبا والتجار بضم التاء مع التشديد جمع تاجر وبكسرها مع التخفيف ولا يكاد يوجد تاء بعدها جيم كذا في المصباح والضابط عند الشافعية انه يرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو نقصان يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه قالوا وانما شرطنا فوات غرض صحيح لانه لو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه لا رد ولو قطع من اذن الشاة ما يمنع التضحية ردها والا فلا وشرطنا الغالب لانه لا ترد الامة اذا كانت ثيبا مع ان الثيابة معنى ينقص القيمة لكن ليس الغالب عدم الثيابة كذا في شرح وجيزهم كما في المعراج وقواعدنا لا تاباه للمتأمل وفي خزانة الفقه العيب ما نقص العين أو المنفعة والا فان أعده التجار عيبا كان عيبا والا فلا وهو أحسن مما في الكتاب وذكرها في التلخيص من باب الاقرار بالعيب من البيوع وحاصلها انه أربع لا يرده في مسئلتين وتمامه في شرحه للفارسي (قوله كالاباق) من أبق العبد أبقا من باب تعب وقتل في لغة والاكثر من باب ضرب اذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد والاباق بالكسر اسم منه فهو آبق والجمع اباق مثل كافر وكفار كذا في المصباح وفي الجوهرة من بابه قال الثعالبي الآبق الهارب من غير ظلم السيد فان هرب من الظلم لا يسمى آبقا بل يسمى هاربا فعلى هذا الاباق عيب والهروب ليس بعيب اه وفي خزانة الفقه الاباق الاستخفاء عن مولاه تمردا وفي القاموس انه من باب ضرب ومنع وسمع اه فعلى هذا له أبواب أربعة الثلاثة وقتل كما في المصباح فسره في القاموس بالذهاب من غير خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب أطلقه فشمل ما اذا أبق من المولى أو من غيره مستأجر أو مستعير أو مودع الا من غاصب الى المولى أو غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع اليه ويرد على اطلاقهم ما اذا أبق من المشتري الى البائع ولم يختف عنده فانه ليس بعيب كما في القنية وشمل ما اذا كان مسيرة سفر أو أقل وما اذا خرج من البلد أو لم يخرج لكن الاشبه ان البلدة اذا كانت كبيرة كالقاهرة فهو عيب وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا كما ذكره الشارح وشمل الصغير والكبير لكن اذا كان غير مميز لا يكون عيبا والعذر له أنه يسمى ضالا لا آبقا كما في السراج الوهاج فلذا لم يقيده وسيأتي انه لا بد من المعاودة عند المشتري واتحاد السبب وفي البزازية قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه ثم وجد به عيبا له أن يرده على بائعه ولو قال اشتر هذا العبد فانه غير آبق والمسألة بحالها لا يرد بعيب الاباق وفي الصغرى قول المشتري ليس به عيب لا يكون اقرارا بانتفاء العيوب ولو عين فقال ليس بآبق لا يكون اقرارا بانتفائه شهد أنه باعه بشرط البراءة من كل عيب أو من الاباق ثم اشتراه الشاهد ووجد به عيبا أو قال انه آبق له الرد عبدي هذا آبق فاشتراه وباع من آخر فوجده الثاني آبقا وأراد الرد باقرار بائعه لا يقبل وان قال عند البيع بعته على انه آبق أو على انه بريء من اباقه يرده ولو قال انه بريء من

الاباق

الهندية اذا كان الناس يعدونه عيبا فله الرد والا فلا كذا في النهر عن المحيط وسوى بينهما في البزازية فقال اشترى تركية أو هندية لا تحسنها ان عده أهل الخبرة عيبا فكذلك والا لا (قوله وقيد في المعراج الظفر الاسود الخ) قال في النهر والظاهر اطلاق ما في الفتح (قوله وهو أحسن مما في الكتاب) قال في

كالاباق

النهر وكان وجهه ان نقصان الثمن بسبب نقص العين أو المنفعة مما يعرفه كل أحد لا انه مقيد بالتجار كما يوهمه كلام المصنف (قوله ويرد على اطلاقهم ما اذا أبق الخ) قال في النهر يمكن أن يجاب عنه بان الكلام في الاباق الذي يوجب نقص الثمن عند التجار ليصح كونه جزئيا من هذا الكلي وهذا لا يوجبه (قوله قال لآخر اشتره لا عيب فيه فاشتراه الخ) أي القائل لآخر اشتره كما يعلم من كلام الفتاوى الصغرى الآتي

(قوله ولو عين فقال ليس بآبق لا يكون اقرارا) كذا فيما رأينا من النسخ والظاهر ان لفظة لا النافية زائدة من النساخ فالصواب اسقاطها كما رأيته في البزازية وكذا سيذكره المؤلف آخر الباب (قوله أو قال انه آبق له الرد) الذي رأيته

الاباق لا لعدم الاضافة اه وفى جامع الفصولين ولو شراه وأبق من عنده وكان أبق عند البائع لا يرجع بنقصان العيب مادام القن حيا آبقا عند ابى حنيفة وكذا لو سرق المبيع فعلم بعيبه لا يرجع بنقصه ليس للمشترى أن يطالب البائع بثمنه قبل عود الآبق اه وفى الصغرى قبل عوده أو موته وشمل اطلاقه أيضا اباق الثور ولكن فيه ثلاثة أقوال فى القنية قيل اذا أبق الثور من قرية المشترى الى قرية البائع لا يكون عيبا وقيل فى الغلام عيب وقيل فى الثور عيب كخلع الرسن عيب فهذا أولى وقيل ان دام فعيب اما المرتان والثلاثة فلا قال رحمه الله تعالى والثانى أحسن وفيها أيضا اشترى عبدا فابق ثم وجده ولم يأبق عند بائعه بل أبق عند بائع بائعه فله الرد اه (قوله والبول فى الفراش من العيوب) أطلقه فشمل الكبير والصغير ويستثنى منه غير المميز فانه لا يكون عيبا ولا بد من معاودته عند المشترى فى حالة واحدة فان بال فى الصغر عند البائع ثم بعد البلوغ عند المشترى لا يرده لانه فى الصغر لضعف المثانة وبعد البلوغ لداء فى باطنه فهو عيب حادث بخلاف ما اذا بال عندهما فى الصغر أو فى الكبر لاتحاد السبب وفى الفوائد الظهيرية هنا مسئلة عجيبة هى ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشترى كان له أن يرجع بنقصان العيب فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والدى يقول ينبغى أن يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها ولو تعيبت بعيب آخر يرجع بالنقصان فاذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان الثانية اشترى عبدا فوجده مريضا له الرد فاذا تعيب بعيب آخر رجع بنقصان العيب فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغى أن يسترد كذا فى المعراج والنهاية وفى فتاوى قاضيخان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا فقبضه وحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا انه ان حم فى الوقت الذى كان يحم عند البائع كان له أن يرده أو فى غيره فلا قيل له فلو اشترى أرضا فنزت عند المشترى وقد كانت تنز عند البائع كان له أن يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان يجئ ماء غالب أو كان المشترى رفع من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدرى انه عينه أو غيره قال القاضى الامام يشكل ما فى الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثانى غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشترى الرد وجعل الثانى عين الاول الذى رضى به اذا كان الثانى عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشترى وقال لا يرده ثم قال القاضى الامام كنت أشاور شمس الائمة الحلوانى وهو يشاورنى فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته فى هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا كذا فى فتح القدير فالحاصل ليس له الرد فى المسئلتين لكن فى الاولى لجعله غير الاول اذ لو كان عينه لملك الرد لعدم العلم به وفى الثانية لجعله عين الاول اذ لو كان غيره لملك الرد لكونه لم يرض به وفى جامع الفصولين شراه فوجده يبول فى الفراش يضعه القاضى عند عدل ينظر فيه وفى الواقعات الحسامية اشترى جارية فوجد فى احدى عينيها بياضا فانجلى البياض ثم عاد فقبض المشترى وهو لا يعلم بذلك ثم علم فله أن يرد فرق بين هذا وبين ما اذا قبض وفى احدى عينيها بياض وهو لا يعلم ثم انجلى البياض ثم عاد ليس

والبول فى الفراش من العيوب

فى البزازية ليس له الرد (قوله فشاورته فى هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا) قال فى النهر يمكن أن يقال يلتزم ان الثانى غير الاول وانما لا يرد اذا عاد عند البائع لان المشترى رضى به ولا فرق بين الاول والثانى حيث لم يزد ولم ينتقل الى مكان آخر على ان كونه لا يرد فيما اذا انجلى ثم عاد فى يد البائع ليس قدرا متفقا عليه بل المذكور فى الواقعات الحسامية انه يرد

له أن يردوا الفرق أن البياض الثاني غير الاول حقيقة الا أن في الصورة الاولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد المشتري فلا يوجب الرد اه وبهذا ظهر ان لا اشكال ولا يحتاج الى المشاورة نعم على مانقله في فتح القدير من امتناع الرد في المسئلتين مشكل (قوله والسرقة من العيوب في العبد والجارية) أطلقه فشمل الصغير والكبير الا الذي لا يميز كما قدمناه في الاباق والبول في الفراش فالثلاثة من غير المميز ليست عيبا وفسر في المعراج المميز هنا بان يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده وقدره بعضهم بخمس سنين كما في المعراج أيضا ولا بد من المعاودة عند المشتري في حالة واحدة فلا بد من السرقة عندهما في الصغر أو بعد البلوغ فان سرق عند البائع في صغره ثم عند المشتري بعد بلوغه لا يرده لحدوث العيب لان في الصغر لقلة المبالاة وفي الكبر لخبث في الباطن ولا بد من أن لا تقطع يده عند المشتري ولذا قال في المحيط اشترى عبدا فسرق عنده وقد كان سرق عند البائع فقطعت يده بالسرقتين يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بالسرقتين جميعا اه وفي الظهيرية من المحاضر ان الطرار والنباش وقاطع الطريق كالسارق عيب في العبد وفي البدائع ان العبد اذا زنى فحده فانه يكون عيبا أطلقه فشمل ما اذا سرق من المولى أو من غيره قليلا كان أو كثيرا ويرد عليه مسئلتان الاولى ما اذا سرق من المولى طعاما ليأكله فانه لا يكون عيبا بخلاف ما اذا سرقه ليبيعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فانه عيب فيهما وفي البزازية اذا سرق طعاما للاكل بل ليبيعه ونحوه فعيب مطلقا وظاهره ان الاهداء كالبيع الثانية ما اذا سرق فلسا أو فلسين فانه لا يكون عيبا وقد جزم به الشارح وظاهر ما في المعراج انها قولة وان المذهب الاطلاق وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه وفي الظهيرية واذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب وفي جامع الفصولين لو سرق بصلا أو بطيخا من الغالين أو فلسا كما تسرق التلامذة لم يكن عيبا ولو سرق بطيخا من فاليز الاجنبي فهو عيب هو المختار وان سرق للادخار فهو عيب مطلقا اه (قوله والجنون) لما ذكرنا ولا بد فيه من وجوده عند البائع ثم عند المشتري كذلك كما لا يخفى سواء اتحدت الحالة أولا فلو جن عند البائع في صغره ثم عند المشتري في صغره أو بعد بلوغه فهو عيب لكونه عين الاول لانه عن فساد في الباطن ولا يختلف سببه بالصغر والكبر كما في العيوب الثلاثة وهذا معنى قول الامام محمد انه عيب أبدا وليس معناه عدم اشتراط العود في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول كذا في الهداية وهو الصحيح وهو قول الجمهور وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير وبه أخذ الطحاوي ولكن ميل الحلواني وخواهر زاده الى ظاهر كلام محمد من عدم اشتراط العود عند المشتري للحديث من جن ساعة لم يفق أبدا وقال الاسبيجابي ظاهر الجواب عدم اشتراط المعاودة في يد المشتري وقيل تشترط وهو الصحيح وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ كذا في عامة الروايات فالحاصل ان المشايخ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فمنهم من جعله كالاباق والبول في الفراش فلا بد من المعاودة واتحاد السبب وهو قول أبي بكر الاسكاف البلخي كما في غاية البيان معزيا الى أبي المعين في شرح الجامع الكبير ومنهم من لم يشترطه نظرا الى قول محمد في الجامع الصغير ان الجنون عيب لازم أبدا فاذا جن في يد البائع كفى للرد واختاره الفقيه أبو الليث كما في غاية البيان والحلواني وخواهر زاده كما قدمناه وعامة المشايخ على اشتراط العود في يد المشتري وان لم يتحد السبب واختاره الصدر الشهيد وقاضيخان وصاحب الهداية ومحمود وحكموا بغلط ما عداه وفي التلويح الجنون

اختلال

والسرقة من العيوب في العبد والجارية والجنون

(قوله وبهذا ظهر ان لا اشكال ولا يحتاج الى المشاورة الخ) قال الرملي هذا غير صحيح كما لا يخفى على ذي تأمل لان مسئلة فتح القدير مصورة بما اذا علم المشتري بالعيب حال الشراء ثم زال عند البائع ثم عاد عنده أيضا ومسئلة الواقعات الحسامية مصورة بما اذا لم يعلم المشتري بالعيب حال الشراء ثم زال عند البائع ثم عاد عنده قبل القبض ثم علم المشتري بعد ذلك وفي هذه له الرد بلا شبهة سواء جعل الثاني عين الاول أو غيره لان العيب الذي لم يعلم به المشتري يثبت به الرد سواء كان موجودا حال البيع أو حدث بعده قبل القبض فهذه غير مسئلة فتح القدير فالاشكال باق فتأمله كذا وجد بخط بعضهم كتب عليه شيخ الاسلام محمد الغزي رحمه الله تعالى أقول لم يدع الشارح ان مسئلة

اختلال القوة المميزة بين الاشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب اه والاخصر اختلال القوة التي بها ادراك الكليات وبه يعلم تعريف العقل من انه القوة التي بها ذلك ثم اعلم ان الاختلاف لا يخص الجنون فقد نقل في البدائع عن بعض المشايخ ان البول في الفراش والاباق والسرقة والجنون لا يشترط معاودة ذلك في يد المشتري ووجودها عند البائع يكفي للرد والعامة على خلافه وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب وقيل أكثر من يوم وليلة وقيل المطبق دون غيره كذا في المعراج والمطبق بفتح الباء والاصل ان المعاودة عند المشتري بعد الوجود عند البائع شرط للرد الا في مسائل الاولى زنا الجارية والثانية التولد من الزنا الثالثة ولادة الجارية عند البائع أو غيره فانها عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بها لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد كذا في فتح القدير وفي الصحاح جن الرجل جنونا وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن وقولهم في المجنون ما أجنه شاذ لا يقاس عليه لانه لا يقال في مضروب ما أضربه ولا في المسلول ما أسله اه وفي فتح القدير والحمق عيب وفسره في المغرب بنقصان العقل (قوله والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية) أي عيب فيها الا في الغلام لان المقصود قد يكون الاستفراش وهذه تخل به والمقصود من الغلام الاستخدام ولا يخل به الا اذا كان البخر والدفر فاحشا بان كان عن داء بحيث يمنعه عن قرب سيده لان الداء عيب وأن يكون الزنا عادة له لان اتباعهن يخل بالخدمة وهو أن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين وأشار بكون الزنا ليس عيبا فيه الدال على القوة الى انه لو وجده عنينا فله الرد كما في البناية والبخر بالباء المفتوحة والخاء المعجمة المفتوحة الفوقية من بخر الفم بخرا من باب تعب أنتنت ريحه فالذكر أبخر والانثى بخراء والجمع بخر مثل أحمر وحمراء وحمر كذا في المصباح والبخر الذي هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون بقلح بالاسنان وان ذلك يزول بتنظيفها كذا في فتح القدير وفي المستطرف يقال ان البخر يحصل من طول انطباق الفم وكل رطب الفم سائل اللعاب سالم منه وفيه كان يقال لا يبتلاك الله ببخر عبد الملك بن مروان ولا بصمم ابن سيرين ولا بعمى حسان وحكى ان عبد الملك أكل من تفاحة ثم رماها الى زوجته فتناولت السكين فسألها فقالت لازيل الاذى عنها فغضب وطلقها وانما قيدنا بالخاء الفوقية احترازا عن البجر بالجيم فانه عيب فيهما وهو انتفاخ ما تحت السرة وبه سمي بعض الناس أبجر كذا في النهاية ولا فرق بين الامرد وغيره في البخر من كونه ليس بعيب وهو الصحيح وقيل الامرد كالجارية وأما الدفر فهو نتن ريح الابط وهو بالدال المهملة المفتوحة والفاء المفتوحة يقال دفر الشئ دفرا فهو دافر من باب تعب أنتنت ريحه وأدفر بالالف لغة والدفر وزان فلس اسم منه يقال فيه دفر أي نتن ويقال للجارية اذا شتمت يا دفار أي منتنة الريح كناية عن خبث الخبر والخبر كذا في المصباح وأما الذفر بالذال المعجمة فهو من ذفر الشئ ذفرا فهو ذفر من باب تعب وامرأة ذفرة ظهرت رائحتها واشتدت طيبة كانت كالمسك أو كريهة كالصنان قالوا ولا يسكن المصدر الا للمرة الواحدة اذا دخلها هاء التأنيث فيقال ذفرة وقالت اعرابية تهجو شيخا أدبر دفره وأقبل بخره كذا في المصباح وفي البزازية نتن ريح الفم والانف والابط عيب اه والمراد بقوله وولده التولد من الزنا ولو عبر به كما في الاصلاح لكان أولى لان نفس ولد الزنا ليس بعيب انما العيب التولد منه وأما الولد فعيب ويمكن أن يقدر كون أي كونها ولد الزنا عيب ولم يذكر المصنف اللواطة بالجارية والغلام قال في القنية وجامع الفصولين لو اشترى عبدا يعمل به عمل قوم لوط فان

والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية

فتح القدير هي مسئلة الحسامية والمغاير يدفي اثبات الفرق في المسئلة الاولى بما ذكره الحسامي من الفرق فيقال ان البياض الثاني غير الاول حقيقة الا ان في الصورة الاولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد اذا لم يعلم به وعدمه فيما اذا علم به وفي الصورة الثانية حدث في يد المشتري فلا يجعل عين الاول فان قلت لم يجعل عين الاول حتى يكون للمشتري الرد وهذا هو المشاور فيه ولم يحصل من الشارح جواب عنه وينبغي أن يقال ان الاصل السلامة من العيوب كما هو مقتضى الفطرة والحادث يضاف الى أقرب أوقاته فلا ضرورة في جعل البياض الحادث عند المشتري عين الاول حتى يرد به اذا لم يعلمه هذا ما ظهر للعبد الفقير وفيه كلام

كان مجانا فهو عيب لانه دليل الابنة وان كان باجر فلا بخلاف الجارية فانه يكون عيبا كيفما كان لانه يفسد الفراش اه وفي المصباح الابنة العقدة في العود والعداوة اه وكل ليس بمناسب وهي عيب حتى في البهائم لما في القنية اشترى حمارا ذكرا يعلوه الحمر ويأتونه في دبره قال وقعت هذه ببخاري فلم يستقر فيها جواب الائمة وقال عبد الملك النسفي ان طاوع فعيب والا فلا وقيل عيب اه وفي اقرار تلخيص الجامع من باب الاقرار بالعيب ادعى العيب وأقام ان البائع كان قال لها يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا لم ترد لانه للاستحضار والسب دون تحقق المعنى ولهذا لو قال يا بني أو يا كافرة لا يعتق ولا تبين لا يلزم بيا حر يا مولاي لانا اعتبرنا الحقيقة فيما يكون ثبوته من جهته والعرف فيما يتعذر ولا الحد لان الحقيقة منافية فتعلق باللفظ ولا كذلك الرد ولو قال هذه الزانية أو نون ترد لانه جملة خبرية فتفيد الخبر وتمامه في شرحه فهي رباعية ترد في اثنين ولا ترد في اثنين اه (قوله والكفر أقبح العيوب) لان المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للاعتاق في بعض الكفارات فتختل الرغبة أطلقه فشمل كفر الغلام والجارية والنصراني واليهودي والمجوسي كما في النهاية وما اذا شرط اسلامه فظهر كفره أو أطلق وما اذا كان قريبا من بلاد الكفر أو من بلاد الاسلام ولو شرط كفره فظهر اسلامه لا يرده لان الشرط للتبري من عيبه فصار كما اذا شتراه على انه معيب فاذا هو سليم وخالفنا الشافعي وأحمد نظرا الى انه ربما اشترط كفره ليستخدمه في محقرات الامور ولم أر حكم ما اذا وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلي والرافضي وينبغي أن يكون كالكافر لان السني ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضي لان الرافضة يستحلون قتلنا وفي السراج الوهاج الكفر عيب ولو اشتراها مسلم أو ذمي اه وهو غريب في الذمي (قوله وعدم الحيض والاستحاضة) لان انقطاع الحيض أو استمرار الدم علامة الداء لان الحيض هو الاصل في بنات آدم وهو دم صحة فاذا لم تحض فالظاهر انه عن داء بها ولهذا قالوا لا تسمع دعواه بانقطاعه الا اذا ذكر سببه من داء أو حبل ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ سبع عشرة سنة عند الامام وخمسة عشر عندهما ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ولكن لا ترد بقولها بل لا بد من استحلاف البائع فترد بنكوله ان كان بعد القبض وان كان قبله فكذلك في الصحيح ولو ادعاه في مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند الثاني وأربعة أشهر وعشر عند الثالث وابتداؤها من وقت الشراء وحاصلها انه اذا صح دعواه سئل البائع فان صدقه ردت عليه والا لم يحلف عند الامام كما سيأتي وان أقر به وأنكر كونه عنده حلف فان نكل ردت عليه ولا تقبل البينة على ان الانقطاع كان عند البائع للتيقن بكذبهم بخلاف الشهادة على الاستحاضة لانها درور الدم والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى الاطباء وهم عدلان كذا ذكر الشارح تبعا للنهاية والدراية ولكن فيها ان الرجوع فيها الى قول الامة انما هو قول محمد اما في ظاهر الرواية فلا قول للامة في ذلك اه وبما قررناه ظهر ان انقطاع الحيض لا يكون عيبا الا اذا كان في أوانه أما انقطاعه في سن الصغر أو الاياس فلا اتفاقا كما في المعراج واعتبر قاضيخان في فتاواه مدة الانقطاع بشهر ورجحه في فتح القدير ولذا لم يشترط قاضيخان لصحة دعوى الانقطاع تعيين أن يكون عن داء أو حبل ورجحه في فتح القدير لانه وان لم يكن عن داء فهو طريق اليه وطريق توجه الخصومة على ما صححه في فتح القدير أن يدعي انقطاعه للحال ووجوده عند البائع فان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فحلف ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وفي القنية ولو وجد الجارية تحيض في كل ستة أشهر مرة فله الرد طم ان كانت مغنية فله

والكفر أقبح العيوب وعدم الحيض والاستحاضة

(قوله ترد في اثنين) وهما هذه الزانية أو هذه زانية بالتنوين وقوله ولا ترد في اثنين وهما يا زانية أو هذه الزانية فعلت كذا (قوله وهو غريب في الذمي) قال الرملي نقلا عن الشيخ محمد الغزي ليس بغريب لما تقرر ان العيب ما نقص الثمن عند التجار ولا شك ان الكفر بهذه المثابة لان المسلم ينفر عنه وغيره لا يرغب في شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل اه ويؤيده انها لو ظهرت مغنية له الرد مع ان بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد ثمنها عنده لذلك وسيأتي ان ترك الصلاة وغيرها من الذنوب عيب (قوله فكذلك في الصحيح) احترز به عما روي عن ابن يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء كذا في فتح القدير

(قوله والثانية لتحقيق العيب فى نفسه الخ) يعنى أنها لمجرد بيان ان ارتفاع الحيض عيب يثبت له به الرد وهذه العبارة لاتنافى اشتراط بيان السبب فى ثبوت الرد له وسماع دعواه فهى مطلقة فتحمل على الاولى لكن قال فى النهر ورأيت فى المحيط ان اشتراط ذكر السبب رواية النوادر وعليه يحمل مافى الخانية اهـ قلت وفى شرح العلامة المقدسى نقل العلامة الرئيس قاسم بن قطلوبغا فى شرحه للنقاية قال قاضيخان رجل اشترى جارية وقبضها فلم تحض عند المشترى شهرا أوأربعين يوما قال القاضى الامام هذا ارتفاع الحيض وهو عيب وأدناه شهر واحد اذا ارتفع عند المشترى كان له أن يرد اذا ثبت أنه كان عند البائع وهذا أوجه مما ذكره قاضيخان عن ابن الفضل ولو اشترى جارية وقبضها الخ وقال فى ملتقى الابحر وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لاأقل و يعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح وقال فى البدائع وان كان العيب لا يطلع عليه الا الامة لا يثبت بقولها لكونها متهمة وان كان فى داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق فى هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله ليس به هذا العيب للحال اهـ (قوله الثانى فى نقلهم انه لابد الخ) أقول ذكر فى الذخيرة أما اذا ادعى المشترى انقطاع حيضها وأراد ردها بهذا السبب لا يوجد لهذا رواية فى المشاهير ثم قال وبعد هذا يحتاج الى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة قالوا يجب

الرد اهـ ثم اعلم انه قد وقع من ابن الهمام خبط عجيب فانه رد على الشارحين فى موضعين الاول فى اشتراطهم أن يكون الانقطاع عن داء أو حبل و زعم أن فقيه النفس قاضيخان لم يتعرض له وليس كما زعم بل قاضيخان فى الفتاوى صرح به أولا فقال لو اشترى جارية وقبضها ثم قال انها لا تحيض قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لا تسمع دعوى المشترى الا أن يدعى ارتفاع الحيض بالحبل أو بسبب الداء فان ادعى بسبب الحبل يريها القاضى النساء ان قلن هى حبلى يحلف البائع ان ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى فلا يمين وفى معرفة داء فى باطنها يرجع الى الاطباء الى آخره فهذا كما ترى صريح فيما نقلوه فكيف يصح قوله انه لم يتعرض له لكن وقع له عبارة أخرى فى الفتاوى بعد هذه بصفحة قال رجل اشترى جارية وقبضها ولم تحض عند المشترى شهرا أو أربعين يوما قال القاضى الامام أبو بكر محمد بن الفضل ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد واذا ارتفع هذا القدر عند المشترى كان له أن يرد اذا أثبت انه كان عند البائع اهـ فالعبارتان لواحد وهو الشيخ الامام أبو بكر لكن الاولى لسماع الدعوى عند القاضى والثانية لتحقيق العيب فى نفسه لا لبيان سببه فلا مخالفة بينهما الثانى فى نقلهم انه لابد من مدة مديدة سنتان أو أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أشهر محتجا بالعبارة الثانية لقاضيخان ولا اعتبار بها مع صريح النقل عن الائمة الثلاثة ويمكن حملها على رواية أخرى فنسبته لهم الى الغلط غلط وأحش منه والمعتمد ما نقله الشارحون فى النهاية والعناية والدراية والبناية والتبيين والكافى وغيرهم وفى البزازية ارتفاعه بدون أحد هذين لا يعد عيبا ونقل عن أبى مطيع انه قدر المدة بتسعة أشهر وسفيان بحولين وفى التحفة قدره بشهرين كما فى غاية البيان فهى سبعة أقوال ثم اعلم انه لامنافاة بين قولهم يعتبر قول الامة وبين قولهم والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء الى قول الاطباء لان محل اعتبار قول الامة انما هو لاجل انقطاع

أن تكون هذه المسئلة مدة الاستبراء اذا انقطع الحيض وفيها الرواية مختلفة فعن أبى يوسف أنه قدر الكثيرة بأربعة أشهر وعشر ثم رجع الى شهرين وخمسة أيام وعن أبى حنيفة و زفر سنتان الخ وقد نبه على ذلك المحقق ابن الهمام فانه بعدما مر عن الخانية من تقدير المدة بشهر قال و ينبغى أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر والرواية هناك تستدعى ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة و زفر بسنتين لانه أكثر مدة الحمل وهو أقيس والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين أو غيرهما من المددلان كونه عيبا كونه يؤدى الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضى مدة معينة مما ذكر اهـ ملخصا وحاصل كلامه منازعة بعض المشايخ فى قياس المدة لثبوت العيب على مدة الاستبراء بابداء الفارق بينهما وقد علمت ان أصل المسئلة لارواية لها فى المشاهير فاذا اختلف المشايخ فى تقدير هذه المدة احتيج الى ترجيح أحد القولين والمحقق ابن الهمام من رجال هذه الكتيبة وبما قررناه ظهر أنه لم يوجد النقل عن أئمتنا الثلاثة فى مسئلتنا وانما النقل عنهم فى مسئلة الاستبراء فكيف يسوغ للمؤلف أن يقول ولا

الدم لتوجه الخصومة الى البائع فاذا توجهت اليه بقولها وعين المشتري انه عن حبل رجعنا الى قول النساء العالمات بالحبل لتوجه اليمين على البائع وان عين انه عن داء رجعنا الى قول الاطباء كذلك كما لا يخفى (قوله والسعال القديم) وهو ما كان عن داء اما المعتاد فلا كما في فتح القدير وظاهر الكتاب ان الحادث منه ليس بعيب ولو كان موجودا عندهما والظاهران ما كان عن داء فهو قديم وان هذا هو مراده من كونه قديما فالمنظور اليه كونه عن داء لا القدم ولذا قال في جامع الفصولين السعال عيب ان فحش والا فلا اه (حكاية) في المستطرف خطب المامون عمر وفسعل الناس فنادى بهم ألا من كان به سعال فليتمد او بشرب خل الخمر ففعلوا فانقطع عنهم السعال (قوله والدين) لان ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى أطلقه فشمل دين العبد والجارية وما اذا كان مطالبا به للحال أو متأخرا الى ما بعد العتق وفرق بينهما الشافعي وهو حسن اذ لا ضرر على المولى في الثاني وجوابه انه يلحقه ضرر بنقصان ميراثه منه حيث كان وارثا له كذا في فتح القدير وهو بحث منه مخالف للنقل قال مسكين والدين أي الدين الذي يطالب به في الحال أما الدين المؤجل فانه ليس بعيب كذا في الذخيرة والمراد المؤجل الى العتق وفي القنية الدين عيب الا اذا كان يسيرا لا يعد مثله نقصانا وفي السراج الوهاج اذا كان على العبد دين أو في رقبته جناية فهو عيب لانه يجب بيعه فيه ودفعه فيها فتستحق رقبته بذلك ويتصور هذا فيما اذا احدث به الجناية بعد العقد قبل القبض اما اذا كانت قبل العقد فبالبيع يصير البائع مختارا للجناية وان قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لان المعنى الموجب للرد قد زال اه وكذا اذا أبرأ الغريم كما في البزازية (قوله والشعر والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى ولا خصوصية لهما بل كل مرض بالعين فهو عيب ومنه السبل كما في المعراج وكثرة الدمع وقد ذكر المصنف أولا ضابط العيب ثم ذكر عددا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها فلا بأس بتعداد ما اطلعنا عليه في كلامهم تكثيرا للفوائد ولكثرة الاحتياج اليها في المعاملات ففي المعراج الثؤلول عيب وكذا الخال ان كان قبيحا منقصا والصهوبة حمرة الشعر اذا فحش بحيث تضرب الى البياض والشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر والعشى عيب وهو ضعف البصر بحيث لا يبصر في الليل والسن الساقط ضرسا كان أو غيره وكذا السوداء والظفر الاسود المنقص للثمن والعسر وهو العمل باليسار دون اليمين عجزا الا أن يكون عسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل بهما وقد كان عمر رضي الله تعالى عنه بهذه الصفة فهو زيادة والقشف وهو يبوسة الجلد وتشنج في الاعضاء والكي ان كان من داء والا لا كما في الحبشة والحرن على وجه لا يستفز ولا ينقاد للراكب عند العطف والسير والجمع عيب وهو أن لا يلين عند اللجام وخلع الرأس من العذار وبل المخلاة ان نقص وهو أن يسيل لعاب الفرس على وجه يبل المخلاة اذا جعل على رأسه وفيه علفه وقيل أن يرمي بها وهو نوع من الجمع والغرب في العين وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شئ حتى قال محمد انه اذا كان سائلا فصاحبه من أصحاب الاعذار والشتر عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه سمي الاشتر وهو لضعف البصر والحول كذلك والحوص وهو نوع من الحول والقبل في انسان العين واذا كان في جانب فهو الحوص والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وكل ذلك لضعف البصر وربما منعه أصلا والجرب في العين وغيرها لكونه عن داء والعزل وهو أن يعزل ذنبه في أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو أن يصك احدى

والسعال القديم والدين والشعر والماء في العين

اعتبار بها مع صريح النقل عن الائمة الثلاثة فافهم وعن هذا والله أعلم قال العلامة قاسم في شرح النقاية انما نقله في الخانية ثانيا وجه

رکبتیه على الاخرى والحبل في بنات آدم عيب لكونه منقصا بخلافه في البهائم لكونه زيادة والقرن عظم في المأتى مانع من الوصول والرتق وهو لحم في المأتى والعفل وهو ان يكون المأتى منها شبه الكيس لا يلتذ الواطئ بوطئها او لكل يخل بالمقصود والبرص والجذام وهو قيح يوجد تحت الجلد يوجد نتنه من بعيد والفتق وهو ريح في المثانة وربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون الا الداء في الباطن والسلعة وهي القروح التي تكون على العين وقيل داء في الرأس يتناثر منه شعر الرأس وقيل غدة تحت الجلد تدور بين اللحم والجلد والدحس وهو ورم يكون في أطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وهو ينقص من قوة المشي وقيل الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه والصدف التواء في أصل العنق وقيل اقبال احدى الركبتين الى الاخرى والشدق وهو وسعة مفرطة في الفم والتخنث والحق وكونها مغنية وشرب الخمر وترك الصلاة وغيرها من الذنوب وكل عيب يتمكن المشتري من ازالته بلا مشقة لا يرده به كاحرام الجارية ونجاسة الثوب وقلة الاكل في البقرة عيب ولو اشترى زوجي الخف وأحدهما أضيق من الآخر فان خرج عن العادة فله الرد وان كان الخف لا يتسع في الدس وقد اشتراه له فهو عيب والتراب في الحنطة الخارج عن العادة عيب فله ردها وليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته ولو خلطه بها بعد التمييز أو انتقص الكيل والوزن بالتنقية امتنع الرد وله النقصان وان وجد الجارية دميمة أو سوداء لا ترد وان كانت محترقة الوجه لا يعرف جمالها وقبحها فله الرد ولو امتنع الرد رجع بفضل ما بينهما ولو اشترى دارا ليس لها مسيل أو أرضا لا شرب لها أو مرتفعة لا تسقى الا بالسكر فله الرد اهـ ما في المعراج ونقل منه في فتح القدير ولكن يحتاج الى ضبط بعض ألفاظ لنزول الاشتباه عنها الثؤلول بهمزة ساكنة وزان عصفور ويجوز التخفيف والجمع الثآليل وهو من ثئل ثألا من باب تعب فالذكر أثأل والانثى ثألاء والجمع ثؤل مثل أحمر وحمراء وحمر وهو داء يشبه الحبوب وقال ابن فارس الثأل داء يصيب الشاة فتسترخي اعضاؤها كذا في الصحاح والعشى من عشي عشا من باب تعب ضعف بصره فهو أعشى والمرأة عشواء منه أيضا والقشف من قشف الرجل قشفا فهو قشف من باب تعب لم يتعهد النظافة وأصله خشونة العيش منه أيضا والجمع من جمع الفرس براكبه يجمع بفتحتين جماحا بالكسر وجموحا مصدر استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح يستوي فيه الذكر والانثى كذا في المصباح ولم يذكر ان مصدره الجمع ولكن في الصحاح جمع الفرس جموحا وجماحا وجمعا اذا أعتر فارسه وغلبه اهـ فعلى هذا الجمع في كلامهم بفتح الجيم وسكون الميم والغرب بفتح الغين المعجمة والراء الساكنة وللعين غربان كذا في الصحاح والحوص بفتحتين ضيق في مؤخر العين والرجل أحوص منه أيضا والقبل بفتحتين في العين اقبال السواد على الانف والعزل بفتحتين والاعزل من الخيل الذي يقع ذنبه في جانب وذلك عادة لا خلقة وهو عيب منه أيضا والمشش بفتحتين وهو شيء يشخص في وظيفها حتى يكون له حجم منه أيضا والسكك بفتحتين ولو ذكروا من العيوب أيضا الصأك بصاد ثم همزة مفتوحة وهو من صئك الرجل يصأك صأكا اذا عرق فهاجت منه ريح منتنة من ذفر أو غير ذلك كما في الصحاح لكان أولى ويمكن تخصيصه بالجارية كالبخر والدفر والسلعة بكسر السين اسم لزيادة تحدث في الجسد كالغدة تتحرك اذا حركت وتكون من حمصة الى بطيخة والسلعة بالفتح الشجة منه أيضا وما قدمناه من تفسيرها بعيد والحنف بفتحتين اعوجاج في الرجل والصدف بالصاد والدال المهملتين يقال فرس أصدف اذا كان متدانى الفخذين متباعد الحافرين

فى التواء من الرسغين وقيل الصدف ميل فى الحافر الى الشق الوحشى وقيل أن يميل خف البعير من اليد أو الرجل الى الجانب الوحشى وان مال الى الانسى فهو لا يعد منه أيضا والشدق بفتح الشين وكسر الدال سعة الشدق وهو جانب الفم منه أيضا وفى فتح القدير ومن العيوب العشار فى الدواب ان كان كثيرا فاحشا وأكل العذار وعدم الختان فى الغلام والجارية المولدين البالغين بخلاف فهما فى الصغيرين وفى الجلب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفى فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعنى عدم الختان فى الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض فى الجوار لا يكون عيبا اه وفى السراج الوهاج الزكام ليس بعيب والجنون عيب وكذا العمى والعور والشلل والصمم والخرس والاصبع الزائدة والناقصة والقروح والشجاج والامراض كلها والادر عيب وهو انتفاخ الانثيين والعشا عيب وهو الذى لا يبصر بالليل وكذا العمش والعنين والخصى ولو اشتراه على انه خصى فوجده فحلا لا خيار له والكذب والنميمة عيب فيهما وقلة الاكل فى الدواب لا فى بنى آدم والنكاح فى الجارية والغلام وان طالقها زوجها رجعيا فله الردوان كان بائنا ساقط واذا وجدها محرمة عليه برضاع أو صهرية كاخته أو أم امرأته فليس بعيب لانه يقدر على الانتفاع بتزويجها وأخذ العوض واذا وجدها لا تحسن الطبخ والخبز فليس بعيب واذا وجد فى المصحف سقطا أو خطأ فهو عيب وان كانت معتدة من طلاق بائن فليس بعيب لانه لا سبيل للزوج عليها والحرمة عارضة كتحريم الحائض اه وفى الخانية لو اشترى جارية وقبضها ثم ادعى ان لها زوجا وأراد أن يردها فقال البائع كان لها زوج أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع ولا ترد عليه ولو أقام المشترى البينة على قيام النكاح لا تقبل بينته ولو أقام البينة على اقرار البائع بذلك قبلت بينته ولو قال البائع كان زوجها عبدى فلان أبانها قبل البيع والمشترى ينكر الطلاق كان القول قول البائع فان حضر المقر له بالنكاح وأنكر الطلاق كان للمشترى أن يردها ولو قال البائع كان لها زوج عبدى يوم البيع فأبانها أو مات عنها قبل القبض أو بعده والمشترى ينكر الطلاق كان للمشترى أن يرد الجارية ولو كان لها زوج عند المشترى فقال البائع كان لها زوج عندى غير هذا الرجل أبانها أو مات عنها قبل البيع كان القول قول البائع اه وفى البزازية التخنث نوعان أحدهما بمعنى الردى من الافعال وهو عيب الثانى الرعونة واللين فى الصوت والتكسر فى المشى فان قل لا يردوان كثر رده ولو اشترى غلاما أمرد فوجده محلوق اللحية يرد وعدم استمساك البول عيب ولو اشترى حبلى فولدت عند المشترى لا خصومة له مع البائع فان ماتت فى نفاسها رجع بنقصان الحبل ان لم يعلم به عند الشراء اشتراها على انها صغيرة فاذا هى بالغة لا يردها والثقب فى الاذنين ان واسعا فهو عيب فى التركية ان عدوه عيبا لا فى الهندية وان وجد الحنطة مسوسة يرد لا ردية وجع الضرس مرة بعد مرة عيب واذا كانت احدى العينين زرقاء والاخرى غير زرقاء أو احداهما كحلاء والاخرى بيضاء فهو عيب واذا كانت البقرة لا تحلب ان كان مثلها يشترى للحلب ردها وان للحم لا وان كانت تمص احدى ثديها له الردوان كانت الدابة بطيئة السير لا ترد الا اذا شرط انها عجول وكونها وكون العبد أكولا فليس بعيب وفى الجارية عيب لانها تفسد الفراش اشترى عبدا فاصابه حمى فى يده وكان فى يد البائع أيضا ان اتحد الوقتان يردوان اختلف لا والنقب الكبير فى الجدار عيب وكذا فى بيوت النمل فى الكرم ان فاحشا عيب وكذا لو كان فيه ممر الغير أو مسيل الغير ولو وجد فى المسك رصاصا ميزه ورده بحصته قل أو كثر ولو وجد فى الشحم ملحا كثيرا أو وجد فى الدهن دردا كثيرا فكالحنطة أقر البائع بعد بيع

(قوله وأكل العذار) فى نسخة الرملى وأكل العذرة وكتب عليها فقال وفى نسخة العذار (قوله وكونها وكون العبد أكولا الخ) عبارة الفتح وقلة الاكل فى البقرة ونحوها وكثرته فى الانسان وقيل فى الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا أفرط

السمن الذائب يموت فأرة فيه رجع عليه المشتري بالنقصان عندهما وعليه الفتوى اهـ وفي جامع الفصولين وكونه مقامرا ان كان يعد عيبا كقمار نرد وشطرنج ونحوهما فهو عيب وكذا السحر عيب فيهما لما فيه من الضرر وشرب الخمر عيب على سبيل الاعلان والادمان لا على الكتمان أحيانا اشترى فرسا فوجده كبير السن قيل ينبغي أن لا ترد الا اذا شرط صغر السن كالجارية اذا وجدها كبيرة السن اهـ وفي الظهيرية والدفن عيب وهو أن يسيل الماء من المنخرين والاجهر عيب وهو من لا يبصر في النهار والدحس وهو ورم يكون في اطرة حافر الفرس والاماره دور الحافر والفدع عوج في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك عوج بين عظم الساق وفي الفرس التواء الرسغ من الجانب الايمن والجرذ عيب وهو بالذال المعجمة كل ما حدث في عرقوب الدابة من تزيد أو انتفاخ عصب والهقعة وهي دائرة في عرض زور يعد عيبا ويتشاءم به ومنه يقال اتقوا الخيل المهقوع والزور أعلى الصدر وفسره في المنتقى فقال المهقوع الذي اذا سار سمع مما بين خاصرتيه وفرجه صوت والانتشار وهو انتفاخ العصب عند الاعياء وتحرك الشظى كانتشار العصب غير ان الفرس لانتشار العصب أشد احتمالا منه لتحرك الشظى والشظى عظم ملتزق بالذراع والشامة ان كانت على الخد كانت زينة وان كانت على الارنبة كانت قبحا اهـ وفي القنية اشترى حانوتا فوجد بعد القبض على بابه مكتوبا وقف على مسجد كذا لا يرده لانها علامة لا تبنى الاحكام عليها اشترى أرضا فظهر انها ميشومة فينبغي أن يتمكن من الرد لان الناس لا يرغبون فيها ولو شترى حمارا لا ينهق فهو عيب وترك الصلاة في العبد لا يوجب الرد اهـ وقدمنا خلافه وفي آخر الباب من فتح القدير قطع الاصبع عيب والاصبعان عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الاعراب في المصحف عيب (فائدة) في ميم المصحف الحركات الثلاثة ذكره الكرماني من شرح كتاب الامامة والمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا ولا يرجع بالنقصان في رواية الكرخي ويرجع في رواية الطحاوي لفوات وصف مرغوب بعد زيادة منفصلة ولو اختيرت للفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصرية اهـ وفي الظهيرية التصرية ليست بعيب عندنا وكذا لو سود أنامل عبده وأجلسه على المعرض حتى ظنه المشتري كاتبا أو ألبسه ثياب الخبازين حتى ظنه خبازا فليس له أن يرده لانه مغتر وليس بمغرور اهـ وفي الحاوي القدسي في المصراة وعن أبي يوسف أنه يردها وقيمة صاع من تمر ويحبس لبنها لنفسه اهـ وهو أقرب الى حديث المصراة الثابت في الصحيحين الا ان الحديث أوجب رد الصاع وهو أوجب قيمته (قوله فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي حدث بعدما اطلع على العيب القديم امتنع رده جبرا على البائع لدفع الاضرار عنه لكونه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع بما حدث لرضاه بالضرر الا في مسئلة فان البائع اذا رضي بالعيب الحادث فان المشتري لا يجبر على رده وانما يرجع بالنقصان هي ما اذا اشترى عبدا فظهر انه قتل انسانا خطأ عند البائع ثم قتل آخر عند المشتري فان البائع اذا أراد قبوله بالجنايتين لا يجبر المشتري وانما يرجع بنقصان الجناية الاولى دفعا للضرر عنه لانه لو رده على بائعه كان مختارا للفداء فيهما وتمامه في الولوالجية أطلق في الحدوث فشمل ما اذا كان بآفة سماوية أو بغيرها كذا في المعراج وشمل ما اذا اشتراه مريضا فازداد في يده فانه ليس له الرد وقيل ينبغي أن يرد كما في وجع السن اذا ازداد الا اذا صار صاحب فراش كذا في خزانة الفقه وفي جامع الفصولين اذا تعيب عند المشتري

فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه

(قوله والفدع عوج الخ) الفدع بالفاء وبالدال والعين المهملتين (قوله والاصبعان عيبان) أي فلا يبرأ اذا كانت البراءة عن عيب واحد كذا نقل عن الفتاوى الهندية

بفعله أو بفعل اجنبي أو بآفة سماوية وظاهره انه اذا تعيب عنده بفعل البائع لا يمتنع الرد وظاهر اطلاق الكتاب امتناع الرد جبرا أيضا وفي القنية اشترى عبدا وبه أثر قرحة وبرأت منه ولم يعلم به ثم عادت قرحة فاخبر الجراحون ان عودها بالعيب القديم لم يرده ويرجع بنقصان العيب وهذا بخلاف مسئلة كانت به قرحة فانفجرت أو جدري فانفجر عند المشتري فله الرد لان انفجاره ليس بعيب حادث اهـ ومن العيب الحادث مالو اشترى ماله حمل ومؤنة في بلد فاراد أن يرده بعيب قديم في بلد آخر ليس له الرد جبرا الا في بلد العقد كالتمر ومن العيب الحادث نتف ريش الطير المذبوح فيمتنع الرد كما في القنية ثم اعلم ان حدوث العيب عند المشتري شامل لما اذا نقص عنده وحاصل ما اذا انقص المبيع انه لا يخلو اما أن يكون في يد البائع أو يد المشتري فان كان الاول فعلى خمسة أوجه بفعل البائع أو بفعل المشتري أو أجنبي أو المعقود عليه أو بآفة سماوية فان بفعل البائع خير المشتري وجد به عيبا أولا ان شاء تركه وان شاء أخذه وطرح من الثمن حصة النقصان وان كان بفعل المشتري لزمه جميع الثمن وليس له أن يمسكه ويطالب النقصان ولو منعه البائع بعد جناية المشتري لاجل الثمن فللمشتري رده بالعيب ويسقط عنه الثمن الا ما نقصه بفعله وان كان النقصان بفعل الاجنبي فالمشتري بالخيار بعيب أولا ان شاء رضي به بجميع الثمن واتبع الجاني بارشه وان شاء تركه وسقط عنه الثمن وان كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه برده بجميع الثمن أو يأخذه وجد به عيبا أولا ولو أخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه وأما النقصان بعد القبض فان كان بفعله أو بفعل المعقود عليه أو بآفة سماوية لا يرده بالعيب لانه يرده بعيبين ويرجع بحصة العيب الا اذا رضي به البائع ناقصا وان كان بفعل البائع أو الاجنبي يجب الارش على الجاني وانه يمنع الرد ويرجع بحصة العيب من الثمن اهـ وفي الواقعات اطلع على عيب بالكفن لا يرده ولا يرجع بنقصان العيب الا اذا أحدث به عيبا فله الرجوع بالنقصان وصورة الرجوع بالنقصان أن يقوم المبيع وليس به عيب قديم ويقوم وبه ذلك فينظر الى ما نقص من قيمته لاجل النقصان وينسب الى القيمة السليمة فان كانت النسبة العشر رجع بعشر الثمن وان كانت النصف فبنصف الثمن بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم وقيمته مائة درهم واطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم وقد حدث به عيب عنده فانه يرجع بعشر الثمن وهو درهم ولو اشتراه بمائتين وقيمته مائة ونقصه العيب عشرة فانه يرجع بعشر الثمن وذلك عشرون وان نقصه عشرين رجع بخمس الثمن وهو أربعون وان اشتراه بمائة وهو يساوي مائة ونقصه عشرة رجع بعشر الثمن وهو عشرة كذا في السراج الوهاج معزيا الى الينابيع وفي البزازية وفي المقايضة ان النقصان عشر القيمة رجع بعشر ما جعل ثمنا والمقوم لا بد أن يكون اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشتري والمقوم الاهل في كل حرفة اهـ ويحتاج الى الفرق بين التقويم هنا وفي كل موضع وانهم اكتفوا في تقويم المتلفات بتقويم واحد كما في شرح المنظومة وظاهر الكتاب ان البائع اذا رضي برده فالخيار للمشتري بين الرد والامساك والرجوع بالنقصان وليس كذلك بل اذا رضي البائع فانه يخير ان شاء أمسكه ولا رجوع له بالنقصان وان شاء رده كما في المعراج وغيره واذا رجع بالنقصان ثم زال العيب الجديد فله رد المعيب مع النقصان ونقل في القنية فيها أقوالا ثلاثة الاول ما ذكرناه وقواه بكتاب آخر ثم رقم للثاني بانه ليس له الرد ثم رقم لثالث بانه مال الى انه يرده ان كان بدل النقصان قائما والا فلا اهـ والذي يظهر ترجيح الاول لان العيب الحادث كان مانعا من الرد بالقديم وقد زال فيعود الرد والقائل بعدمه

(قوله وجد به عيبا أولا) الظاهر ان مراده بالعيب العيب القديم تأمل (قوله ولو أخذه يطرح عنه حصة جناية المعقود عليه) ظاهره انه لو كان العيب بآفة سماوية لا يطرح عنه حصته فليراجع وانظر ما قدمه المؤلف في خيار الشرط عند قول المصنف كتعيبه (قوله وظاهر الكتاب ان البائع الخ) ان أراد بالكتاب الكنز فهذا الظاهر غير ظاهر فتأمله

(قوله وفي الظهيرية ووطؤها يمنع الرد الخ) مثله في الخانية حيث قال اشترى جارية وقبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيبا لا يردها ولكن يرجع بنقصان العيب الا اذا رضي البائع أن يأخذها ولا يدفع النقصان اهـ وقال في الخلاصة وفي الأصل رجل اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كانت بكرا أو ثيبا نقصها الوطء أولا بخلاف الاستخدام وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان الا أن يقول البائع انا أقبلها اهـ لكن ذكر في الخانية في أول فصل العيوب ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال هي ثيب فان القاضي يريها النساء ان قلن هي بكر كان القول للبائع ولا يمين عليه وان قلن هي ثيب كان القول للبائع مع يمينه وان وطئها المشتري فعلم بالوطء فان زايلها كما علم أنها ليست بكرا بلا لبث والا لزمته الجارية هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم رحمه الله تعالى وعن أبي يوسف انه يردها بشهادة النساء اهـ وقد يفرق بين ما اذا وجدها عيبا بعد الوطء وبين ما اذا علم العيب بالوطء فليتأمل ما وجهه ثم رأيت في القنية ذكر قول أبي القاسم المذكور ثم رمز وقال والوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ ومفاده ان ما قاله أبو القاسم خلاف المذهب لمخالفته لما مر عن الأصل الذي هو من كتب ظاهر الرواية وتعبير الخانية بقوله هكذا ذكر الخ يشعر بضعفه فقد ثبت ان الوطء ودواعيه يمنع من الرد بالعيب وبه ظهر جواب حادثة الفتوى اشترى جارية رومية للتسري فوطئها فوجدها رتقاء واخبرت امرأتان بذلك أيضا فاذا حلف البائع على البتات لا يلزمه شيء كما سيأتي واذا لم يحلف يرجع المشتري

ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب وان قبله البائع كذلك فله ذلك

يقول ان الرد سقط والساقط لا يعود ويشهد له قولهم في خيار الرؤية لو ماسه ثم رد عليه بقضاء فانه لا خيار له لأنه قد سقط فلا يعود ومن العيب الحادث المانع من الرد ما اذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله في الكور ليجربه بالنار فوجد به عيبا ولا يصلح لتلك الآلات فانه يرجع بالنقصان ولا يرده كما في القنية ومنه أيضا بل الجلود عيب حادث يمنع الرد بقديم وكذا بل الابريسم منه أيضا وفي جامع الفصولين بل ابريسما فرأى عيبه يرجع بنقصه وكذا الاديم لو أنقع في الماء فرأى عيبه لم يرده وان رضي بائعه وهذا مشكل ولو أدخل في النار قدره وما فرأى عيبه لم يرده اذ الحديد ينقص بالنار بخلاف الذهب والفضة كحديد أقول الذهب ينقص في النار اذا ذاب أيضا اللهم الا أن يكون قبل الذوب ولو حدد سكينا فرأى عيبه ولم حدده يجبر فله الرد لا لو حدده بمبرد لأنه ينقص منه اهـ وذكر قبله شرى شجرة ليتخذ منها بابا أو نحوه فقطعها فوجدها لا تصلح لذلك فله الرجوع بنقص العيب لا الرد الا برضا بائعه اهـ وأشار المصنف باشتراط رضا البائع الى فرع في القنية لو رد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشتري فله الرد اهـ يعني لعدم رضاه به أولا وفي البزاز يه رده المشتري بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشتري رد على المشتري مع ارش العيب القديم أو رضي بالمردود ولا شيء له وان حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشتري بارش العيب الثاني الا أن يرضى أن يقبل بعيب الثالث أيضا اهـ ثم اعلم انا كتبنا في الفوائد الفقهية انه يستثنى من قولهم لو حدث به عيب وبه عيب قديم رجع بنقصه أو رد برضا بائعه مسئلتان احداهما بيع التولية لو باع شيأ تولية ثم حدث به عيب عند المشتري وبه عيب قديم لا رجوع ولا رد لأنه لو رجع صار الثمن الثاني أنقص من الأول وقضية التولية أن يكون مثل الأول ذكره الشارح في بابها الثانية في السلم لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم اليه وحدث به عيب عنده رب السلم قال أبو حنيفة خير المسلم اليه ان شاء قبله معيبا بالعيب الحادث وان شاء لم يقبل ولا شيء عليه لا من رأس المال ولا من نقصان العيب كذا في الخانية من باب السلم وذكره الولوالجي هنا وعلله بأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كما قال محمد كان اعتياضا عن الجودة وهو ربا اهـ (قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) أي بنقصان العيب القديم لأن القطع عيب حادث (قوله وان قبله البائع كذلك فله ذلك) لأن الامتناع لحقه وقد رضي به وهو تكرار لأن رجوعه وجواز رده برضا بائعه في الثوب من أفراد ما قدمه ولم تظهر فائدة لافراد الثوب الا ليترتب عليه مسئلة ما اذا خاطه فانه يمتنع الرد ولو برضاه وكان يمكنه أن يقول أولا أو رد برضا بائعه الا عند حدوث زيادة ووطء الجارية كقطع الثوب وفي الظهيرية ووطؤها يمنع الرد بالعيب بكرا كانت أو ثيبا وكان له أن يرجع بالنقصان الا أن يقول البائع أنا أقبلها كذلك ووطء غير المشتري كذلك يمنع الرد بالعيب سواء كان عن شبهة أو لا عن شبهة غير ان

عليه بنقصان هذا العيب هذا ما ظهر والله أعلم (قوله وكذا لو باع بعضه) قال الرملي أي امتنع الرجوع بالنقصان وفي الولوالجية في مسئلة أكل بعض الطعام

لان البيع قطع الملك فتنقطع أحكامه فصار بمنزلة ما لو اشترى غلامين فقبضهما فباع أحدهما ثم وجد بهما عيبا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع بالاجماع فكذا هنا عند محمد اه وفي المجتبى أكل بعض الطعام يرجع بنقصان عيبه

وان باعه المشتري لم يرجع بشئ

ويرد ما بقي عند محمد وبه يفتى وان باع نصفه لا يرجع بنقصانه ويرد ما بقي وبه يفتى أيضا وسيأتي في هذا الشرح في مسئلة أكل بعض الطعام ان الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان ورد ما بقي كما في الخلاصة اه ومثل ما في الخلاصة في النهاية وغاية البيان وفي جامع الفصولين رامزا للخانية وعن محمد رحمه الله تعالى لا يرجع بنقص ما باع ويرد الباقي بحصته من الثمن وعليه الفتوى اه والحاصل انه اذا باع بعض الطعام لا يرجع بنقصانه نعم له رد الباقي بخلاف ما اذا أكل بعضه فانه يرجع بنقصانه ويرد ما بقي والفرق كما في الولوالجية انه بالاكل تقرر العقد فتقرر أحكامه وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع أحكامه قال فصار بمنزلة ما لو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم

الوطء اذا كان عن شبهة كان للمشتري أن يرجع بالنقصان وان قال البائع أنا أقبلها كذلك لمكان العقر الواجب بالوطء عن شبهة وان كانت الجارية ذات زوج عند البائع فوطئها زوجها عند المشتري ان كانت الجارية بكرا فليس للمشتري أن يردها وان كانت ثيبا ان نقصها الوطء فكذلك الجواب وان لم ينقصها كان للمشتري أن يردها هذا اذا وطئها الزوج مرة في يد البائع ثم وطئها عند المشتري واما اذا لم يطأها عند البائع مرة ثم وطئها عند المشتري لم يذكر محمد هذا الفصل في الاصل واختلف المشايخ فيه والصحيح انها ترد بالعيب ولو اشترى برذونا فخصاه ثم اطلع على عيب به بعد الخصاء كان له الرد اذا لم ينقصه الخصي كذا في فتاوى أهل سمرقند وكان الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني يفتي بخلافه اه (قوله وان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لكونه حابسا له بالبيع لامكان الرد برضا بائعه فكان مفوتا للرد أطلقه فشمل ما اذا كان باعه بعد رؤية العيب أو قبله كما في فتح القدير وما اذا كان لضرورة أولا لما في القنية اشترى سمكة فوجدها معيبة وغاب البائع ولو انتظر حضوره تفسد فشواها أو باعها ليس له أن يرجع بنقصان العيب ولا سبيل له في دفع هذا الضرر سئل عن مثلها في المشمش فقال لا يرجع على قول أبي حنيفة اه وفي المحيط معزيا الى الجامع اشترى عصيرا وقبضه ثم تخمر ثم وجد به عيبا لا يرده وان رضي به البائع لان في الرد تمليك الخمر وتملكه قصدا لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث وحرمة تمليك الخمر حق الشرع واعتبر بيعا جديدا في حقه وان صار خلا لا يرده الا اذا رضي به البائع لانه تعيب عنده بعيب آخر لانه قبضه حلوا ويرده حامضا ويرجع بنقصان العيب في الحالين وكذا لنصرانيان تبايعا خمرا وتقابضا ثم أسلما ثم وجد المشتري بالخمر عيبا لا يرده ويرجع بالنقصان الاصل ان القضاء بثمنين مما مقابلا بالمبيع الواحد جائز لان اجتماع ثمنين في ذمة واحدة بمقابلة مبيع واحد على الترادف جائز بان اشترى أحدهما وباعه من آخر ثم اشتراه منه رجلان ادعى كل واحد عبدا في يد انسان انه باعه من ذي اليد وهو ينكر واقاما البينة فعليه الثمنان وكذلك لو قام كل واحد البينة انه عبده باعه منه وقد نتج عنده الدعوى وقعت في الثمن لا في المبيع لان المبيع لو كان مقصودا لا تقبل البينة على البيع لاثبات الملك فيه لاستغنائه عنه لانه انما يفتقر اليه فيما قدر على تسليمه فيستوجب الثمن على المشتري وقد استغنى عن تسليمه وتمامه فيه وفي تلخيص الجامع من الشهادات في البيوع القضاء بثمنين معا في عين جائز ومبيعين لا الى ان فرع على الاول واطلع على عيب رده على أيهما شاء ولو حدث به عيب عنده رجع بالنقصان على أيهما شاء لا عليهما ثم اعلم ان البيع مانع من الرجوع بالنقصان مطلقا سواء كان بعد حدوث نقص عند المشتري أو قبله الا اذا كان بعد زيادة كما سيأتي ولذا قال في المحيط ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لا يبقى ملكه بان باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان وكذا لو باع بعضه وان تصرف تصرفا لا يخرجه عن ملكه بان أجره أو رهنه أو كان طعاما فطبخه أو سويقا فلته بسمن أو نماء في العرصة ونحوه ثم علم بالعيب فانه يرجع بالنقصان الا في الكتابة اه وذكرهنا مسئلتين في فروق الكرابيسي من أول كتاب الوكالة قال رجل اشترى جارية فقبضها فباعها من غيره وقبضها الثاني ثم اشتراها المشتري الاول من المشتري الثاني وقبضها

ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول فان المشترى الاول لا يرده لا على البائع الاول ولا على المشترى الثانى لانه لا يفيد لان قرار الرجوع عليه واو كيل بالشراء اذا سلمه الى الموكل ثم اشتراه منه فوجد به عيبا يرده على البائع لان قرار الرجوع ليس عليه بل على البائع الاول اه وفى الولوالجية واذا طعن المشترى بعيب فصالحه على شئ أخذه أوحط من ثمنه شيأ فان كان يقدر على رد المبيع والمطالبة بارش العيب فالصلح جائز وان لم يقدر فالصلح باطل نحو أن يكون المشترى باع المعيب لكونه أبطل حقه فى الرد متى باعه اه (قوله ولو قطعه وخاطه أو صبغه أولت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه للفسخ فى الاصل دونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشترى بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعلى هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه وهذا معنى ما فى الفوائد الظهيرية من أن الاصل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان قبله البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان اه لكن وقع التقييد بالخياطة فى الثوب الموهوب للولد فى الهداية وهو احتراز فى الكبير اتفاقى فى الصغير لانه بمجرد القطع له صار مالكا له فلا رجوع وفى الكبير القطع والخياطة على ملك نفسه فلما دفعه اليه بعدهما أخرجه عن ملكه بعد امتناع رده شرعا فرجع كذا فى المعراج وسيأتى ان شاء الله تعالى فى الهبة انه لو اتخذ لولده الصغير ثيابا ملكه وفى الكبير بالتسليم وليس كالطعام يأكله على ملك أبيه لان الامر اذا توجه الى وجوه فاولاها بالحكم أغلبها تعارفا والاغلب البر والصلة الا اذا علم بالدليل كونه اعارة كالاشهاد عند الاتخاذ لعدم الاعتبار بالدلالة عند التعارض كذا فى هبة البزازية وقبلها اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها الى غيره الا اذا بين وقت الاتخاذ انها عارية اه فعلى هذا لو صرح بانها عارية لا يسقط حقه فى الرجوع بنقصان العيب اذا خاطه لولده الصغير أطلق الصبغ فشمل كل لون ولكن فى السراج الوهاج أو صبغه يعنى أحمر فان صبغه اسود فكذلك عندهما لان السواد عندهما زيادة وعند أبى حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه اه وفى المصباح لت الرجل السويق لتا من باب قتل بله بشئ من الماء وهو أخف من البس اه وقد أشار المصنف الى ان الزيادة المتصلة بالمبيع التى لم تتولد من الاصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة وشئ اللحم وخبز الدقيق وفى فتح القدير وفى كون الطحن والشئ من الزيادة المتصلة تأمل اه وقيد بها لان الزيادة المتصلة المتولدة كالسمن والجمال وانجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لانها تمحضت تبعا للاصل لتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا ولم يتكلم على الزيادة المنفصلة بقسميها متولدة وغير متولدة فالمتولدة كالولد واللبن والثمر فى بيع الشجر والارش والعقر وهى تمنع الرد كالمتصلة غير المتولدة لتعذر الفسخ عليها فى فتح القدير فيكون المشترى بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما بجميع الثمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بان يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض واذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة

ولو قطعه وخاطه أو صبغه أولت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب

وجد بهما عيبا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما باع بالاجماع فكذا هنا عند محمد اه

(قوله وهو سهو لانه غير مناسب الخ) قال في النهر وأقول بل هو الساهي اذ معناه تمنع رد الاصل وحده بخلاف غير المتولدة وقد افصح عن ذلك في العناية حيث قال وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من الربا والتفصيل بين كونه قبل القبض أو بعده مذكور في البزازية وغيرها اه وقال الرملي أقول قوله بل هو الساهي هو السهو وليس في كلام العناية

افصاح عنه بل الفرق بين المتولدة وغير المتولدة أن المتولدة لما كان لها حكم المبيع امتنع الرد لانه لو ساغ معها الرد لرد الاصل دون الزيادة وهو غير جائز لما فيه من الربا بخلاف غير المتولدة اذ ليس لها حكم المبيع لانها متولدة من المنافع والمنافع حكمها انها لا تتقوم بنفسها بخلاف الاعيان فانها متقومة بنفسها فافترقا في الحكم فكانت المتولدة مانعة لهذه العلة بخلاف غيرها تامل اه كلام الرملي وأنت خبير بان كلام العناية مفصح بامتناع رد الاصل وحده في المتولدة كما قال صاحب النهر نعم حمل كلام الفتح على ما ذكر ينبو عنه التفصيل فيما قبل القبض وبعده تامل

مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة اه وهو سهو لانه غير مناسب لقوله أولا وهي تمنع الرد فكيف يقول اذا كان قبل القبض له ردهما وان كان بعده فله رد المبيع خاصة فعلى كل حال لا تمنع الرد وانما يناسب هذا التقرير لو قلنا انها لا تمنع الرد وفي البزازية اذا احدثت الزيادة بعد القبض واطلع على عيب عند البائع فان كانت منفصلة متولدة من الاصل تمنع الرد و يرجع بحصة العيب الا اذا تراضيا على الرد فيكون كبيع جديد اه وأما ما في فتح القدير من التقرير فانما ذكره في البزازية فيما اذا احدثت الزيادة قبل القبض ثم اطلع على عيب فان كان الاطلاع عليه قبل القبض خير كما ذكره ولو بعد القبض رد المبيع خاصة بحصته من الثمن وفي الصغرى والزيادة المنفصلة تمنع الرد بالاجماع وهل تمنع الاسترداد فعلى الاختلاف عند محمد يسترد وعندهما لا وفي الولوالجية وتفسير العقر مهر مثلها عند بعضهم وقال بعضهم عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وذكر قبله الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب بعد القبض وسائر أسباب الفسخ كالاقالة والرد بخيار رؤية وغيره اه وفي القنية الزيادة في المبيع اما قبل القبض أو بعده وكل منهما على أربعة أوجه متصلة ومنفصلة وكل منهما اما متولدة أم لا فاما قبل القبض فالمتصلة المتولدة لا تمنع والمتصلة غير المتولدة تمنع وأما المنفصلة المتولدة لا تمنع فان شاء ردهما أو رضي بهما بجميع الثمن ولو وجد بالزيادة عيبا لا يردها الا اذا أوجب نقصانا في المبيع فله خيار الرد لنقصان المبيع ولو قبض الزيادة والاصل ثم وجد بالمبيع عيبا برده بحصته من الثمن لانه صار حصة للزيادة بعد قبضها ولو وجد بها عيبا خاصة يردها خاصة بحصتها من الثمن وأما المنفصلة التي لم تتولد منه كالهبة والصدقة والكسب فلا تمنع الرد فاذا رده فالزيادة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة ولا تطيب له وعندهما للبائع ولا تطيب له ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة ووجد بالمبيع عيبا فعند أبي حنيفة يرد المبيع خاصة بجميع الثمن وعندهما يرده مع الزيادة لانها حدثت قبل القبض ولو وجد بالزيادة عيبا يردها لانه لا حصة لها من الثمن فلو ردها الرد بها بغير شيء ولو هلكت الزيادة والمبيع بعيب يرده خاصة بجميع الثمن بالاجماع وأما الزيادة بعد القبض فان كانت متصلة متولدة تمنع الرد عندهما بالعيب ويرجع بنقصان العيب عندهما وعند محمد لا تمنع (ط) لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية وللمشتري طلب نقصان العيب وان طلب فليس للبائع أن يقول انا أقبله كذلك عندهما وقال محمد له ذلك ولو كانت متصلة غير متولدة تمنع الرد اجماعا ولو كانت منفصلة متولدة منه تمنع الرد ويرجع بحصة العيب

(قوله وفي البزازية الخ) قصد به بيان مخالفته لما في الفتح فانه في الفتح مشى على ان المنفصلة المتولدة ولو بعد القبض لا تمنع الرد وفي البزازية صرح بانها تمنع الرد ومثله ما نقله عن الصغرى والولوالجية وكذا ما سيأتي عن القنية (قوله وفي القنية الزيادة في المبيع اما قبل القبض أو بعده الخ) حاصل ما ذكره من الاحكام ان الفرق بين الزيادة قبل القبض أو بعده في المنفصلة المتولدة وفيه التفصيل المار عن البزازية وأما غير هذه الصورة فلا فرق بينهما (قوله ولو قبض الزيادة والاصل) لا يخفى ان الكلام فيما قبل القبض فلا يناسب ذكره هنا بل كان الاولى تأخيره (قوله ولو وجد بالزيادة عيبا يردها) كذا في النسخ والذي في القنية لا يردها وهو الصواب (قوله وعند محمد لا تمنع) في القنية بعد هذا ط مفرد وهي رمز للمحيط

ولو كانت منفصلة غير متولدة كالكسب لا تمنع الرد بالعيب وتطيب له الزيادة هذا اذا كانت الزيادة قائمة فان هلكت ففيه ثلاثة أوجه اما أن تهلك بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل الاجنبي ففي الاول له رد الاصل وفي الثاني خير البائع ان شاء قبله ورد الثمن وان شاء رد حصة العيب وفي الثالث لا رد لان ضمانه كبقاء عينه ويرجع بحصة العيب اهـ ولذا قال في المحيط اشترى شاة حاملا فولدت عند البائع ولم تنقصها الولادة لا خيار للمشترى فان قبضهما فوجد باحدهما عيبا برده بحصته من الثمن لانه قبضهما متفرقا ولو ولدت بعد القبض لا يرد لان الزيادة الحادثة بعد القبض تمنع الرد واللبن كالولد اهـ وفي جامع الفصولين اعلم ان الزيادة نوعان منفصلة ومتصلة وكل منهما متولدة أولا فالمتصلة التي لم تتولد تمنع الرد وفاقا وان قبله البائع وله الرجوع بنقصه والمتصلة المتولدة لا تمنع الرد في ظاهر الرواية فان أراد المشترى الرجوع بنقصه لا رده فله ذلك عند محمد لا عندهما والمنفصلة المتولدة تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التي لم تتولد لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسباب الفسخ ثم قال الصحيح ان المتصلة لا تمنع الرد بالعيب ولا فرق في كون الولد مانعا من الرد بين ما اذا اشتراها حاملا أو حائلا فولدت عنده فاذا ولدت الامة امتنع ردها بعيب سواء هلك الولد أولا بخلاف غيرها حيث لا يمنع رد الام بعيب اذا هلك الولد اذ الولادة لا تنقص في غير بنات آدم ولو شرى أمة حاملا فولدت زال العيب ثم قال خيار الرؤية والشرط يبطل بولادة الامة مات الولد أولا والولد الميت والبيضة الفاسدة لا تبطل الخيار الا اذا نقصت بالولادة اهـ ثم اعلم ان خياطة الثوب كما تمنع رده بعيب تمنع الرجوع بثمنه عند استحقاقه فلو اشترى قصا فقطعه وخاطه ثم برهن مستحق ان القميص له وقضى له به لم يرجع المشترى بالثمن على بائعه لكونه استحق بسبب حادث كما لو برهن ان الكم له والآخر أن الدخريص له بخلاف ما اذا قطعه ولم يخطه فبرهن ان القميص له رجع بالثمن وتمامه في تلخيص الجامع (قوله أو مات العبد أو أعتقه) يعني يرجع بالنقصان اذا اطلع على عيب به بعد موته أو اعتاقه أما الموت فلان الملك انتهى به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس أن لا يرجع لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت فيه الملك موقتا الى الاعتاق فكان انهاء كالموت وهذا لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والدليل على ثبوت أصل الملك مع الاعتاق ثبوت الولاء للمعتق وهو أثر من آثار الملك وفي الصغرى المشترى اذا باع من غيره فمات في يد الثاني ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب على المشترى الاول وليس للمشترى الاول أن يرجع على بائعه الاول بنقصان العيب عند أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو صالح المشترى الاول مع بائعه عن ذلك على شئ لا يصح عند أبي حنيفة لانه لا حق له اهـ كذا في الكافي وقد يقال ما المانع من جعله من آثار العتق ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى توابع الاعتاق وفيها تفصيل فالتدبير والاستيلاد كالعتق لتعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وأما الكتابة فمانعة من الرجوع لجواز النقل لجواز بيعه برضاه وتعجيزه نفسه فصار بها حابسا كالاعتاق على مال وقيد في السراج الوهاج باداء بدل الكتابة ليعتق ليصير عتقا على مال اهـ وفي المحيط مكاتب اشترى أباه أو ابنه لا يرده بالعيب لانه صار مكاتبا والكتابة تمنع زوال الملك بسائر الاسباب فكذلك الفسخ ولا يرجع بنقصانه لان الرجوع بالنقصان خلف عن الرد بدليل انه لا يصار اليه مع القدرة على الرد وانما يثبت الخلف اذا وقع اليأس عن الاصل ولم يقع لقبولها الفسخ بخلاف ما اذا دبره ثم وجد به

أومات العبد أو أعتقه

وقد سقطت من أغلب النسخ (قوله الا اذا نقصت بالولادة) أي نقصت الدجاجة (قوله يعني يرجع بالنقصان اذا اطلع على عيب به بعد موته) قال الرملي وكذا اذا اطلع قبله ولم يرض به اذ الموت يثبت الرجوع فيه مطلقا سواء علم بالعيب قبله ولم يرض به أو بعده قال في النهر ولا فرق في هذا بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبله ولو قال أو هلك المبيع لكان أفود اذ لا فرق بين الآدمي وغيره ومن ثم قال في الفصول ذهب به الى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق يهلك على المشترى ويرجع بنقصه اهـ أقول قوله بعد رؤية العيب يعني ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا به (قوله لان الرجوع بالنقصان خلف عن الرد الخ) هذا التعليل يفيد عدم

عيبا فان عجز المكاتب بعدما علم بالعيب رده المولى و يتولاه المكاتب لزوال المانع فان باعه المولى أومات المكاتب رده المولى بنفسه كالوكيل اذا مات فان أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده المولى وان أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز ولو اشترى المكاتب أم ولده ومعها ولدها لا يردها بالعيب و يرجع بنقصانه ولو أبرأه المكاتب جاز ولو اشترى المولى من مكاتبه عبدا لا يرده بالعيب ولا يخاصم البائع اه ولو قال المؤلف أو هلك المبيع ليتناول هلاك غير الآدمي لكان أولى وفي القنية اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان وفي جامع الفصولين ذهب به الى بائعه ليرده بعيبه فهلك في الطريق هلك على المشتري و يرجع بنقصه وقدمنا حكم ما اذا قضى برده على البائع بعيبه فهلك عند المشتري والحاصل ان هلاك المبيع ليس كاعتاقه فانه اذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب سواء كان بعد العلم به أو قبله وأما الاعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله وليس الاعتاق كاستهلاكه فانه اذا استهلكه فلا رجوع مطلقا الا في الاكل عندهما وقيل غير مانع من الرجوع بنقصه أيضا لوجوب الضمان به فهو كبيعه كذا في السراج الوهاج وفي جامع الفصولين ولو شرى بعيرا فلما أدخله في داره سقط فذبحه رجل بامر المشتري فظهر عيبه يرجع بنقصه عندهما وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاما ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه هو أو غيره بامره لا يرجع اه وفي الواقعات الفتوى على قولهما في الاكل فكذا هنا وفيه ولو اشترى برا على انه ربيعي فزرعه فاذا هو حريفي اختار المشايخ انه يرجع بنقص العيب وهو قولهما بناء على ما اذا اشترى طعاما فاكله فظهر عيبه والفتوى على قولهما ولو اشترى بزرا على انه بزر بطيخ كذا فزرعه فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث انه بطيخ واختلاف الصفة لا يفسد العقد ولا يرجع بنقص العيب عند أبي حنيفة شرى على انه بزر بطيخ شتوي فزرعه فاذاه صيفي بطل البيع فيأخذ المشتري ثمنه وعليه مثل ذلك البزر ولو شرى بزر الدوين فزرعه في أرضه ولم ينبت رجع على بائعه بكل ثمنه ان كان لنقصان فيه وكذا لو شرى بزر البطيخ فزرعه فنبت القثاء أو شرى بزر القثاء فوجده بزر القثاء البلخي بطل البيع جملة شرى حب القطن فزرعه ولم ينبت قيل يرجع بنقص عيبه وقيل لا يرجع لانه أهلك المبيع اه وفي القنية باع منه دخنا للبذر وقال ازرعه فان لم ينبت فانا ضامن لهذا البذر فزرع فلم ينبت فعليه ضمان النقصان اه وأشار بالاعتاق الى الوقف فاذا وقف المشتري الارض ثم علم بالعيب رجع بالنقص وفي جعلها مسجدا اختلاف والمختار الرجوع بالنقص كذا في جامع الفصولين وعليه الفتوى كما في البزازية واذا رجع بالنقصان سلم له لان النقصان لم يدخل تحت الوقف كذا في البزازية أيضا (قوله وان أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاما فاكله أو بعضه لم يرجع بشئ) أما الاول فلانه حبس ماهو بدله وحبس البدل كحبس المبدل منه وقدمنا ان الكتابة بمعناه فلا رجوع وأما قتله وأكل الطعام فالمراد اتلاف المبيع من المشتري مانع من الرجوع بنقصان العيب وهو ظاهر الرواية لان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط هنا باعتبار الملك ان لم يكن مديونا فان كان مديونا ضمنه السيد كذا في الكافي فصار كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق فانه لا يوجب ضمانا وقتل غيره مانع من الرجوع بنقصه أيضا لوجوب الضمان به فهو كبيعه كذا في السراج الوهاج وأما الاكل فالمذكور قوله وأما عندهما فيرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه و يعتاد فعله له فاشبه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا يعتبر بكونه مقصودا الا ترى

وان أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاما فاكله أو بعضه لم يرجع بشئ

اشتراط أداء البدل كما لا يخفى ولذا قال في النهر قال الشارح ولو عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع كما لو اطلع على عيب في العبد الآبق لا يرجع بشئ لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف مادام حيا فاذا رجع رده لزوال المانع و به اندفع ما في السراج من تقييد الكتابة باداء بدلها ليصير كالعتق على مال اذ لو صح هذا لما تصور عجزه كما لا يخفى اه (قوله وأما عندهما فيرجع استحسانا) قال بعض الفضلاء الذي في الهداية والعناية والفتح والتبيين ان الاستحسان عدم الرجوع وهو قول الامام فليحرر اه أقول ماهنا ذكره صاحب الاختيار

ان المبيع انما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وأكل البعض كأكل الكل لكونه كشئ واحد فصار كبيع البعض وعنهما يرجع بالنقصان في الكل وعنهما يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى كذا في الاختيار والحاصل ان الفتوى على قولهما في الرجوع بالنقصان كما في الخلاصة ورد ما بقي قالوا والاصل في جنس هذه المسائل ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل مضمون كالهلاك بآفة سماوية أو انتقص أو ازداد زيادة مانعة للرد أو الاعتاق أو توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمتنع الرجوع بالنقصان وعلى هذا قال البزازي لو وطئ المشتري الجارية ثم باعها بعد العلم بالعيب لا يرجع وان وطئها غير البائع ثم باعها يرجع بالنقصان اهـ وفي المجتبي لو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشئ ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى سمنا ذائبا وأكله ثم أقر البائع انه كانت وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجد في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش اهـ وفي القنية ولو كان غزلا فنسجه أو فيلقا فجعله ابريسما ثم ظهر انه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باع اهـ قيد بالطعام لانه لو اشترى كرما بثمره وذكر الثمر وأكل منها ثم وجد بالكرم عيبا فله رد الكرم كذا في القنية وقيد بكونه فعل بالمبيع لانه لو أتلف كسب المبيع بعد العلم بالعيب لا يكون رضا ولا يسقط شئ من الثمن وكذا لو كان كسب المبيع جارية فوطئها أو جرها بخلاف اعتاق ولد المبيعة فانه يكون رضا بعد العلم بالعيب كذا في البزازية (قوله ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا فوجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب والا بكل الثمن) أي ان لم يكن منتفعا به فانه يرجع بجميع الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان الا أن يقبلها البائع مكسورا ويرد الثمن كما في البزازية ولا بد من تقييد المسئلة بكسره لانه لو اطلع على عيبه قبل كسره كان له رده فلو قال فكسره فوجده فاسدا أيضا لكان أولى ولا بد أيضا من أن لا يتناول منه شيأ بعد العلم بعيبه لانه لو كسره فذاقه ثم تناول منه شيأ لم يرجع بنقصانه لرضاه به وينبغي جريان الخلاف فيها كما لو أكل الطعام وأطلق في الانتفاع فشمل انتفاعه به وانتفاع غيره من الفقراء والدواب علفا لهم وأطلق البيض واستثنوا منه بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره وقيد بوجود المبيع أي جميعه لانه لو وجد البعض منه فاسدا فان كان قليلا جاز البيع لعدم خلوه عنه عادة ولا خيار له وان كان كثيرا فالصحيح عنده البطلان وعندهما

ومثله في الخانية أيضا حيث قال وان اشترى طعاما فأكل بعضه ثم علم بعيب كان عند البائع فانه لا يرد الباقي وقال محمد يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل ويعطى لكل بعض حكم نفسه وعليه الفتوى وهذا لو كان الطعام في وعاء واحد فلو في وعاءين فأكل ما في أحدهما أو باعه له رد

ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا فوجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب والا بكل الثمن

الباقي بحصته في قولهم لان المكيل والموزون بمنزلة أشياء مختلفة فكان الحكم فيه ما هو الحكم في العبدين والثوبين ونحو ذلك اهـ قال في النهر لكن جعل صاحب الهداية قوله استحسانا مع تأخيره وجوابه عن دليلهما يقرر مخالفته في كون الفتوى على قولهما اهـ وهذا الاستدراك مأخوذ من الفتح ويؤيده ما في الذخيرة حيث قال ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب به قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجع بنقصان العيب وقالا يرجع والصحيح قول أبي حنيفة اهـ وقال العلامة قاسم لم تتفق المشايخ على اختيار قولهما بل من نظر الى ثبوت الرواية وقوة الدليل صحح قول الامام ومن نظر الى الرفق بالناس اختار قول محمد اهـ (قوله وينبغي جريان الخلاف فيها كما لو أكل الطعام) كذا قاله الزيلعي واعترضه بعض الفضلاء بان الخلاف في الطعام

يجوز في حصة الصحيح منه والقليل الثلاثة ومادونها في المائة والكثير مازاد والفاكهة من هذا القبيل كذا في المعراج وفي فتح القدير ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر ردّ ما بقي ورجع بنقصان ما خبز اه وفي الواقعات هو المختار ولو قال المصنف فوجده معيبا لكان أولى لان من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما في البزازية وصرح في الذخيرة بانه عيب وليس من باب الفساد وفيها اشترى عددا من البطيخ أو الرمان أو السفرجل فكسر واحدا واطلع على عيب رجع بحصته من الثمن لاغير ولا يرد الباقي الا أن يبرهن ان الباقي فاسد اه ولهذا قال فوجده أي المبيع احترازا عما اذا كسر البعض فوجده فاسدا فانه يرده أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقي عليه (قوله ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضاه لا) أي لا يرده على بائعه الاول لانه بالقضاء فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كما في الهداية ومنهم من جعله قول أبي يوسف وعند محمد ليس له أن يخاصم بائعه لتناقضه وعامتهم على انه ان سبق منه جحود نصا بان قال بعته ومابه هذا العيب وانما حدث عندك ثم رد عليه بقضاء ليس له أن يخاصم بائعه ومنهم من حملها على ما اذا كان ساكتا والبينة تجوز على الساكت ويستحلف الساكت أيضا لتنزيله منكرا كذا في المعراج أطلقه فشمل القضاء باقرار وبينة ونكول عن اليمين ومعنى القضاء بالاقرار انه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة كما في الهداية أو أقر وابى القبول فقضى عليه كما في الكافي وصورة الاقرار أن يقول اشتريته وبه ذلك العيب ولم أعلم به وقضى به ثم ادعاه على بائعه وبرهن ببينة أو استحلف بائعه كذا في الولوالجية وليس المراد منه انه بمجرد القضاء عليه باقراره يرده فليتأمل وان قبله بغير قضاء ليس له رده على بائعه لانه بيع جديد في حق الثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وأطلقه فشمل ما يحدث مثله وما لا يحدث مثله وهو قول العامة وتقييده في الجامع الصغير بما يحدث ليعلم حكم ما لا يحدث بالاولى وفي بعض روايات الاصل ان ما لا يحدث مثله فالرضا به كالقضاء وترك المصنف قيدا آخر وهو أن يكون بعد قبض المبيع لانه لو كان قبل قبضه فهو فسخ في حق الكل سواء كان بقضاء أو رضا كذا في المعراج معزيا الى المبسوط وقيد آخر وهو أن يكون البيع قبل الاطلاع على العيب اذ لو كان بعده ليس له الرد على بائعه ولورد عليه بما هو فسخ كذا في الصغرى وأورد على كونه فسخا مسائل الاولى لو كان المبيع عقارا فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع في الشفعة الثانية لو باع أمته الحبلى وسلمها ثم ردت بعيب بقضاء ثم ولدت فادعاه أبو البائع لم تصح دعوته ولو كان فسخا لصحت كما لو لم يبعها الثالثة لو أحال البائع غريمه على المشتري بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة ولو كانت فسخا لبطلت وأجاب في المعراج بانه فسخ فيما يستقبل لا في الاحكام الماضية ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بالقضاء يجعل العقد كان لم يكن تناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان الفسخ بدون العقد لا يتصور فاذا انعدم العقد من أصله انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن في المستقبل لا في الماضي اه والدليل على ان الفسخ انما هو في المستقبل ان زوائد المبيع للمشتري ولا يردها مع الاصل ولهذا لو وهب مالا قبل تمام الحول ثم رجع الواهب بعد الحول لا تجب الزكاة عليه فيما مضى كذا في المعراج ولو وهب دارا وسلمها فسعت دار بجنبها فاخذها الموهوب له بالشفعة ثم رجع الواهب فيها لم يكن له الاخذ بشفعة كذا في فتح القدير وقد كتبنا في الفوائد ان الرد بالعيب

بقضاء

ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضاه لا

اذا علم العيب بعد الاكل لا قبله (قوله وليس المراد منه الخ) أي بل لابد فيه من المخاصمة كما سيذكره في هذه السوادة

(قوله فيكون المبيع ملك البائع) حق التعبير أن يقول فيكون المعيب تامل (قوله وعلى هذا اذا قبض رجل الخ) قال في المبسوط واذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى ان الدراهم نبهرجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بصفة ويختلف باختلاف الصفة فلا مناقضة في كلامه فاسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله وجدته زيوفا والمناقض لا قول له ولا تقبل بينته اهـ كذا نقله الامام الطرسوسي في أنفع الوسائل ثم قال واذا تقرر لنا هذا في الاجارة والاجرة عدينا ه الى استيفاء الاثمان في البياعات والديون في المعاملات فان العلة تجمع الكل فنقول اذا دفع اليه دراهم وهي ثمن متاع ثم جاء البائع وأراد أن يرد عليه شيأ وأنكر المشتري انه من دراهمه فان كان البائع أقر بقبض الثمن لم يقبل قوله ولا يلزم المشتري دفع عوضه وينبغي أن البائع لو اختار تحليف المشتري انه ما يعلم ان هذا من دراهمه يحلفه القاضي فان نكل يردها عليه وان كان البائع لم يقر بقبض الثمن أو الحق الذي على المشتري من جهة هذا البيع وانما أقر بقبض دراهم مثلا فالقول للبائع لانه منكر استيفاء حقه ولم يتقدم منه ما يناقض دعواه فيقبل قوله مع يمينه وكذلك الديون أيضا وهذا كله اذا كان الذي يرده زيوفا أو نبهرجة فاذا كان ستوقة لم يقبل قوله لانه ناقض كلامه لان الستوقة ليس من جنس الدراهم وحاصل ما قالوه في تفسير ذلك ان الزيوف أجود الكل وبعدها النبهرجة وبعدها الستوقة فيكون الزيوف بمنزلة الدراهم التي يقبلها بعض الصيارف دون بعض والنبهرجة ما يردها الصيارف وهي التي تسمى معيرة ولكن الفضة فيها أكثر والستوقة بمنزلة الزغل وهي التي نحاسها أكثر من فضتها فالزيوف والنبهرجة يكون القول فيهما قول القابض اذا لم يقر باستيفاء الحق أو الاجرة أو الجياد بل يكون أقر بقبض كذا من الدراهم ثم يدعي ان بعضها زيوف أو نبهرجة فيقبل قوله ويردها وأما اذا قال انها ستوقة بعدما أقر بقبض الدراهم لا يقبل قوله ولا يردها اهـ ما في أنفع الوسائل ملخصا (قوله ثم معنى قوله يرد على بائعه الخ) قال الرملي ينبغي أن القضاء على البائع الاخير بالرد ليس بقضاء على الباعة كلهم بخلاف الاستحقاق فانه اذا حكم به على المشتري الاخير يكون حكما على كل الباعة كما في جامع الفصولين وغيره

بقضاء فسخ الا في مسئلة واذا لم يرده في صورة الرضا لا رجوع له بالنقصان أيضا كما في المعراج واذا كان له الرد فله الرجوع بالنقصان كما في التهذيب يعني لو حدث عيب ورده بقضاء فله الارش ولو برضا لا وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرف فانه يجعل فسخا اذا رد بعيب لا فرق بين القضاء والرضا لانه لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا لان الدينار هنا لا يتعين في العقود فاذا اشترى دينارا بدرهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشتري الثاني بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه لما ذكرنا كما في المحيط والخانية وفي الكافي المبيعان هنا واحد لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فاذا رده على المشتري يرده على بائعه أما هنا المبيعان موجودان فاذا قبل بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه اهـ وذكر في الظهيرية ثم قال بعده وعلى هذا اذا قبض رجل دراهم له على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بغير قضاء فله أن يردها على الاول اهـ وخرج عن قوله بقضاء مسئلة ذكرها في المبسوط لو أقام المشتري الثاني ان العيب كان عند المشتري الاول ولم يشهدانه كان عند البائع الاول فليس للمشتري الاول المخاصمة مع بائعه اجماعا لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكونها سليمة فلا يثبت له ولاية الرد ولكن لم يذكره محمد كذا في فتح القدير والمعراج اعلم ان القن اذا حكم برده بعيب الاباق على بائعه فاشتراه آخر فابق عنده فله الرد على بائعه بالاباق السابق المحكوم به كما في الظهيرية واقرار المشتري الاول باباقه لا ينفذ على من لم يشتر منه من الباعة بخلاف اقرار البائع الاول بدين على العبد فان للمشتري الآخر أن يرده على بائعه باقرار الاول كما فيها أيضا وفي التهذيب للقلانسي لو وهب وسلم ثم رجع فيه بقضاء أو رضا فله الرد اهـ ثم معنى قوله يرد على بائعه ان له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع فانه اذا رد عليه ما باعه بعيب بقضاء ببينة أو نكول أو باقرار

من المامور بالبيع حيث يكون رداعلى موكله من غير حاجة الى خصومة لان تعداده اعند تعدد البيع وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل وهذا الاطلاق قيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله اما فيما يحدث مثله لا يرده باقرار المامور وانما تعدى النكول الى الموكل مع انه اما اقرار أو بذل وليس له البذل لكونه ليس اقرارا ولا بذلا حقيقة وانما جرى مجراه بدليل انه لو عاد وحلف بعد نكوله صح ولو كان اقرارا لم يصح وصح القضاء بنكول المأذون عنها ولو كان بذلا حقيقة لم يصح فلا يلزم اجراؤه في كل الاحكام وفي الايضاح ان رد على الوكيل بعيب لا يحدث مثله باقراره لا يرده وهو أوجه وفي البزازية والوكيل بالعيب رد عليه بعيب بلا قضاء اقتصر عليه وأن لا يحدث مثله في المدة هو الصحيح وان بقضاء ولا يحدث مثله في المدة ينظر جوابه والرد على الوكيل رد على الموكل مطلقا وان يحدث مثله في المدة فان بنكول أو ببينة فرد على الموكل وان باقرار فعلى الوكيل وله أن يخاصم الموكل والوكيل بالشراء له أن يخاصم قبل الدفع الى الموكل كالمضارب فان برهن البائع على رضا الآمر أو أقر به الوكيل سقط الرد ولا يحلف الآمر على الرضا ولا وكيله و يرده الموكل بعد موت الوكيل بعيب واذا رده المشترى على الوكيل استرد الثمن منه ان كان نقده اليه والا فمن الموكل اه وفي الولوالجية اذا رد على الوكيل باقراره بالعيب بلا قضاء لزمه دون الموكل هو الصحيح مطلقا وظاهر ما في البزازية من الوكالة وهنا ان له ان يخاصم الموكل فليراجع وقيد بخيار العيب لانه لو رد على المشترى بخيار رؤية أو شرط فانه يرده على بائعه سواء كان بقضاء أو رضا لكونه فسخا في حق الكل كما في المعراج والبزازية معزيا الى الجامع جدد البائع مع المشترى ثانيا باقل من الثمن الاول أو أكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له أن يرد على بائعه الاول اه وفي الصغرى الغاصب اذا باع المغصوب وسلم فضمن القيمة للمالك ثم رد عليه بعيب فله أن يرد على المالك و يسترد القيمة لان سبب الضمان البيع والتسليم وقد صار كذلك كان لم يكن اه وقيد بقوله فرد لانه لو باعه فاطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله وحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم فعند أبي حنيفة لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم وعندهما له أن يرجع كذا ذكره الاسبيجابي ومثله في الصغرى (قوله ولو قبض المشترى المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه) أي لم يجبر المشترى على دفع الثمن بعد دعوى العيب لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا للقضاء وتعبير المصنف بلكن أولى من تعبير الهداية بقوله لم يجبر حتى يحلف بائعه أو يقيم بينة لما يلزم على ظاهرها فساد من وجهين أحدهما انه يقتضي ان المشترى اذا أقام بينة على ما ادعاه يجبر على دفع الثمن وليس كذلك ثانيهما انه يقتضي ان البائع اذا طلب منه الحلف يجبر المشترى وان لم يحلف وليس كذلك وانما يجبر بعد الحلف ولا يلزم شئ مما ذكرناه على عبارة الكتاب والمعنى ولكن الامر لا يخلو من أحد شيئين اما بينة المشترى فيتبين براءته بالرد على البائع أو يمين البائع عند عجزه فيلزمه الدفع ولكن باقامة البينة لا يتعين رد الثمن بل اما هو ورد المبيع كما في العناية لان العيب اذا ثبت خير المشترى فلم يتعين الفسخ وأحسن الوجوه في تأويل الهداية ان معنى عدم الجبر عدم الحكم بشئ حتى يتبين الحال اما ببينة المشترى أو بيمين البائع وفي ايضاح الاصطلاح اقامة المشترى بينة على دعواه غاية لتعين عدم الجبر كالتحليف لا لعدم الجبر حتى يلزم الجبر على دفع الثمن عند اقامة البينة على العيب وانما

ولو قبض المشترى المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه

(قوله وظاهر البزازية الى آخره) ما مر عن البزازية صريح في ذلك لأن في الخانية الوكيل بالبيع اذا باع ثم خوصم في عيب فقبل المبيع بغير قضاء لزم الوكيل ولا يلزم الموكل ولا يكون للوكيل أن يخاصم الموكل فان خاصمه وأقام البينة على ان هذا العيب كان عند الموكل لا تقبل بينته لان الرد بالعيب بغير قضاء بمنزلة الاقالة فيجعل في حق الموكل كان الوكيل اشتراه من المشترى هذا اذا كان عيبا يحدث مثله فلو قديما لا يحدث مثله ففي بعض روايات البيوع أنه يلزم الآمر وفي عامة روايات البيوع والرهن والوكالة والمأذون انه يلزم الوكيل دون الموكل وهو الصحيح وبه أخذ الفقيه أبو بكر

قلنا انه غاية لتعيين عدم الجبر لاحتمال عدم قبول البينة فيجبر المشتري على دفع الثمن و يحتمل أن تقبل فيبقى عدم الجبر كما كان ونظيره قوله صلى الله عليه وسلم لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فان سماع كلام الآخر غاية لتعين عدم القضاء لا لعدم القضاء حتى يتعين القضاء لاحدهما عند سماع كلام الآخر اه وقيد بقبض المبيع لان المشتري يستبد بالفسخ قبل القبض كما ذكرنا ولاجبر ههنا كذا في المعراج وقد يقال انه اتفاقي لان للبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فاذا طالبه به قبل قبضه فادعى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا وفي الصغرى اذا قال المشتري وجدت المبيع معيبا لا يجبر على أداء الثمن حتى يقيم البينة أو يحلفه وكذا المديون اذا ادعى ايفاء الدين اه (قوله وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بائعه) لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كبير ضرر به لانه على حجته فان نكل التزم العيب لانه حجة منه وتحليف البائع في المسئلتين انما هو فيما اذا أقر بقيام العيب به ولكن أنكر قدمه لما سيأتي والمراد بقوله شهودي بالشام انه قال ان له بينة غائبة عن المصر سواء كانوا بالشام أو بغيرها والشام بلاد من مسامة القبلة وسميت لذلك أو لان قوما من بني كنعان تشاءموا اليها أي ساروا أو سمي بشام بن نوح فانه بالشين بالسريانية أو لان أرضها شامات بيض وحمر وسود وعلى هذا لا يهمز وقد يذكر وهو شامي وشآمي واشام أتاها وتشام انتسب اليها وشامهم تشئيما سيرهم اليها كذا في القاموس وقيد بدعواه غيبتهم عن المصر لانه لو قال لي بينة حاضرة أمهله القاضي الى المجلس الثاني اذ لا ضرر فيه على البائع ولو طلب الامهال الى ثلاثة أيام أمهله واذا حلف بائعه في مسئلة الكتاب وقضى بالدفع عليه ثم وجد المشتري بينة فاقامها تقبل وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يثبتا كرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط ولا خلاف في مثله أعني ما اذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل وأما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة في أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل كذا في فتح القدير وسنأتي بشرحها في كتاب الدعوى (قوله فان ادعى اباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري انه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أي اذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال و يمكن حدوثه فلا بد من اقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع قطع النظر عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما فان لم يبرهن لا يمين له على البائع عند الامام على الصحيح وعندهما يحلف على نفي العلم لان الدعوى معتبرة حتى تترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب وأورد عليه لزوم ذلك في دعوى الدين مع انه في دعوى الدين يأمر القاضي المدعى عليه بالجواب قبل ثبوت أصل الدين مع ان فراغ الذمة عن الدين أصل والشغل عارض كالعيب عارض وأجيب لو شرط اثباته لم يتوصل المدعي الى اثبات حقه لانه ربما تعذرت عليه بخلاف العيب لانه مما يعرف بآثار تعاين أو بقول الاطباء أو القابلة كذا في المعراج والحاصل انه لا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين فقد ذكر في القنية المواضع التي يكون الانسان فيها خصما

الاباق لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري الخ فان ما يأتي من افراد دعوى العيب و بيان الدفع ان محمل ما هنا من المسئلتين على ما اذا أقر بقيام العيب عند المشتري ولكن أنكر قدمه فلا يحتاج الى برهان المشتري على قيام العيب عنده نفسه وما سيأتي من دعوى الاباق على ما اذا أنكر قيامه عند المشتري

وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بائعه فان ادعى اباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري انه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عندك قط

واعترضه في النهر بانه مما لا دليل في كلامه عليه قال وقد ظهر لي ان موضوع هذه المسئلة في عيب لا يشترط تكراره كالولادة فاذا ادعاه المشتري ولا برهان له حلف بائعه وقوله بعد ولو ادعى اباقا بيان لما يشترط تكرره والا كان الثاني حشوا فتدبره فاني لم أر من عرج عليه اه قلت وهذا التوفيق

قد أشار اليه المؤلف بعينه بقوله فيما يأتي في الصفحة الثانية وليس مراده خصوص عيب الاباق الى آخره وهو ما أشار اليه هنا بقوله لما سيأتي ولكن كان عليه أن يقول وتحليف البائع في المسئلة الآتية بدل قوله في المسئلتين تأمل

(قوله لانه قال انهما تطارحناه) ونصه واعلم ان مما تطارحنا انه لولم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبته برد به لانه معيب والعقد أوجب على هذا البائع السليم ولولم يقدر على اثباته له أن يحلف على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكرره اه فالمتطارح ليس هو رده بهذا العيب فقط بل تحليفه على عدم العلم أخذا من قولهم انما يحلف على البتات لادعائه العلم به والغرض هنا انه لا علم له به فتدبره كذا أفاده في النهر

بالبينة دون اليمين وكتبناها في الفوائد ولان التحليف انما شرع لقطع الخصومة لا لانشائها ولو استحلف البائع فحلف نشأت خصومة أخرى في قدمه وحدوثه وأورد الشارح على هذا التعليل مسئلة الشفعة فان المشتري اذا أنكر ملك الشفيع يحلف فاذا حلف نشأت خصومة أخرى في الشراء والايراد على هذا التعليل لا يضر في صحة الدليل السابق مع كونه مردودا من جهة أخرى هي انه لا يضر ان تنشأ خصومة أخرى من اليمين وكثيرا ما يقع ذلك في الخصومات ولم يظهر للمحقق ابن الهمام ما نقلناه عن المعراج من الفرق بين دعوى العيب ودعوى الدين فقال انه يلزمه الجواب للدعوى فيهما وعلى المدعي البرهان فيهما فالوجه التسوية بينهما في اليمين أيضا فيحلف البائع كما هو قولهما وقوله على قول البعض ولذا قالوا ان القاضي يسأل البائع فان أقر بقيامه توجهت الخصومة في القدم والحدوث وهو يدل على انه يلزمه الجواب فالفرق بينهما غلط ثم اعلم ان الامام يصح بيعه للغنائم ولو في دار الحرب كما في التلخيص وشرحه وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة وفي دار الحرب محمول على غير الامام وأمينه فلو اطلع المشتري على عيب لا يرده على البائع لان تصرفه حكم ولكن ينصب الامام رجلا للخصومة معه ولا يقبل اقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وانما هو خصم لاثباته بالبينة كالاب ووصيه في مال الصغير بخلاف الوكيل فان اقراره مقبول فيه واذا أقر منصوب الامام بالعيب انعزل كالوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله في غير مجلس القضاء فانه وان لم يصح لكنه ينعزل به ثم اذا رد بالعيب فانه يضم الى الغنيمة ان كان قبل القسمة وان كان بعدها فانه يباع بالثمن فان نقص الثمن أو زاد كان ذلك في بيت المال كذا في التلخيص وشرحه وبما ذكرناه من ان الامين خصم في البينة ولا يمين عليه يقوى قول الامام وليس مراده خصوص عيب الاباق بل كل عيب لا بد فيه من المعاودة عند المشتري لا بد من اثبات وجوده عند المشتري لتقع الخصومة في قدمه وحدوثه كالبول في الفراش والسرقة والجنون على المختار وأما ما لا يشترط وجوده عند المشتري كولادة الجارية وزناها وتولد الرقيق من الزنا فان البائع يحلف عليه ابتداء عند عدم البرهان وتحليف البائع كما في الكتاب بالله ما أبق عندك قط عبارة بعضهم وعبارة الجامع الكبير بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ماله عليك حق الرد من الوجه الذي يدعى به وفي فتح القدير وكل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان بالله لقد باعه وما به هذا العيب وبالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب ويرد على عبارة الكتاب انه لا مخلص فيها للمشتري لان العيب لو وجد عند بائع البائع يرده المشتري به كما في القنية والبزازية وذكره الزيلعي أيضا وظاهر ما في فتح القدير انه لم يطلع هو وأصحابه على نقل فيها لانه قال انهما مما تطارحناه الى آخره ولو حلف البائع بهذه العبارة لكان صادقا لانه ما أبق عنده قط وكذا لو كان أبق من المورث أو الواهب أو مودعه أو مستأجره أو من الغاصب لا الى منزل مولاه ويعرفه ويقوى على الرجوع فانه عيب ففيه ترك النظر للمشتري فلو حذف الظرف وقال بالله ما أبق قط لكان أولى لكن يرد عليها أيضا ما لو كان أبق عند الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه أو لم يقدر على الرجوع اليه وقدمنا انه ليس بعيب ففيه ترك النظر للبائع فان أتى بالظرف كان فيه ترك النظر للمشتري وان حذفه كان فيه ترك النظر للبائع فمن اختار حذف الظرف فر من محذور فوقع في آخر ومن ذكره فكذلك وأما العبارتان المحتملتان فيرد على الاولى منهما انه لو كان باعه سليما ثم حدث به عند البائع قبل التسليم فانه يرده عليه مع انه صادق في قوله باعه وما به هذا العيب فاذا قال بائعه بالله لقد سلمته وما به هذا العيب اندفع الاحتمال

المذكور

المذكور ويرد على الثانية انها توهم تعلقه بالشرطين جميعا فيتأوله الحالف في يمينه عند قيامه في احدى الحالتين وجوابه ان تأويله غير صحيح لان البائع نفى العيب عند البيع وعند التسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا كان موجودا في أحدهما كما أشار اليه في المبسوط والاسلم والاخلص عبارة الجامع ومايليها كما لا يخفى وتعقب في المحيط عبارة الجامع بجواز رضا المشتري وابرائه وفي البزازية والاعتماد على المروي عن الثاني بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالوجه الذي يدعيه تحليفا على الحاصل اه وصحح في المبسوط عبارة الجامع وفي الهداية اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ اه ولا خصوصية للاباق بل كل عيب اختلف فيه الحال بين الصغر والكبر فالحكم كذلك كما في فتح القدير والتحليف هنا بقوله ما أبق قط تحليف على البتات مع انه على فعل غيره فمنهم من قال لكونه مدعيا العلم به ومن ادعى علما بفعل غيره فانه يحلف على البتات لا على نفي العلم كالمودع اذا ادعى قبض المودع لها حلف على قبضه وهو فعل غيره والوكيل اذا ادعى قبض الموكل ثمن ما باعه حلف الوكيل على قبض الموكل ومنهم من قال ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول السرخسي والاول أوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يسرق عندي فيرجع الى الحلف على فعل الغير كذا في فتح القدير وأورد الامام ظهير الدين على الاول فقال الان هذا لا يقوى بمسئلتين احداهما باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما وورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في حصته بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد وان كان يدعي العلم بانتفائه والثانية باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب وان ادعى أن له علما بذلك كذا في المعراج وفي فتح القدير والوجه عندي أن يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على البتات وفي نصف الآخر على العلم وهو واحد هو المشكل والمسئلتان مشكلتان لاستواء علمه وجهله بالنسبة الى النصفين الا ان يكون معنى المسئلة أن يكون العبد عند كل من الشريكين مدة فيحلف على البتات في مدته ما ابق عندي وعلى نفي العلم في مدة شريكه فلو لم تكن اقامته الا عند الشريك لا يحلف الا على البتات و يكتفي به الا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامته الا عند غير الحالف لكون العقد اقتضى وصف السلامة اه أقول ماذكره من الوجه أولا ليس بالوجه لان الكلام السابق في قوة قولهم كل من ادعى علما بفعل غيره ولزمته اليمين فانه يحلف على البتات فيرد على هذه القاعدة على طريق النقض مسئلتان ادعى علما بفعل غيره والتحليف في العلم والدليل على انها قاعدة اعتبارها في مسائل أخرى منها ما في الخلاصة لو قال ان لم يدخل فلان الدار اليوم فكذا ثم ادعى دخوله حلف على البتات بالله انه دخلها ومنها ان الوكيل اذا باع وادعى المشتري عيبا فان الوكيل يحلف على نفي العلم والوصي لو باع وادعى المشتري عيبا يحلف على البتات لانه في الاول لا يدعي علما لكونه ليس في يده وهو في يد الوصي فيعلم عيبه كما في القنية ثم اعلم ان مذهب أبي يوسف التحليف على البتات في المسئلتين وهما من مسائل الجامع الكبير كما في المحيط من باب المخاصمة في الرد بالعيب وفي فتح القدير وقد ظهر بما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان وهي مع ما ذكرنا

(قوله والاسلم والاخلص عبارة الجامع ومايليها) أما مايليها فسلم وأما عبارة الجامع فلا فتدبر (قوله بخاصمه) قال الرملي يعني الواحد انما يكفي لتوجه الخصومة وأما الرد فلا بد من عدلين كما سيأتي قريبا

تتمة أربعة أنواع الاول أن يكون ظاهرا لايحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية أى الزائدة والقاضى يقضى فيهما بالرد اذا طلب المشترى من غير تحليف للتيقن به فى يد البائع أو المشترى الا أن يدعى البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء والابراء منه فان ادعاه سأل المشترى فان اعترف امتنع الرد وان أنكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ماعلم به وقت المبيع أو مارضى به ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثانى ان يدعى عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده مارده وكذا اذا أنكره فاقام المشترى البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ماذكرنا وان أنكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفى والاثنان احوط فاذا قال به ذلك يخاصمه فى انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا انه اذا أنكر قيامه للحال أريت النساء والمرأة العادلة كافية فاذا قالت ثيبا أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم أو اذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان ممالا يحدث مثله ترد عند قول المرأتين هى قرناء بلا خصومة فى ان ذلك عند البائع للتيقن بذلك كما فى الاصبع الزائدة الا أن يدعى رضا فعلى ماذكرنا وفى شرح قاضيخان العيب اذا كان مشاهدا وهو ممالا يحدث يؤمر بالرد وان كان ممايحدث واختلف فى حدوثه فالبينة للمشترى لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء الى هنا مافى فتح القدير تبعا لما فى المعراج وفيه ولو أراد المشترى الرد ولم يدع البائع عليه شيأ يسقطه لم يحلف المشترى لان التحليف لقطع الخصومة وفيه انشاؤها وعند أبى يوسف يحلف صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك فى ثانى الحال بالله ماعلم بالعيب حين اشتراه ولا رضى به ولا عرضه على البيع وأكثر القضاة يحلفون بالله ماسقط حقك فى الرد بالعيب من الوجه الذى يدعيه نصا ولا دلالة وهو الصحيح وأحب الى أن يستحلفه وان لم يدع ولو ادعى سقوط حق الرد يحلف اتفاقا اه وقدمنا ان خيار العيب على التراخى ولو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد كما فى المعراج أيضا وذكر فى الخلاصة والبزازية ان القاضى لا يستحلف الخصم بدون طلب المدعى الا فى مسائل منها خيار العيب وقد ذكرناه الثانية النفقة فى مال الغائب لا يقضى بها حتى يستحلف المرأة الثالثة الشفعة لا يقضى بها حتى يستحلف الشفيع وكتبناها فى الفوائد

(قوله الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء الخ) أقول فى الخلاصة وان كان العيب يتوصل اليه بقول النساء ان أخبرت امرأة واحدة من أهل الشهادة بوجود العيب ان كان قبل القبض ليس للمشترى حق الفسخ بقولها لكن يقبل قولها لايجاب اليمين على البائع فيحلف كما ذكرنا وان كان بعد القبض وأخبرت امرأة عدلة بوجود العيب صحت الخصومة ويحلف البائع على البتات لقد باع وسلم ومابها هذا العيب اه ونحوه فى المنح والزيلعى وجامع الفصولين بقى لو علم بهذا العيب بالوطء هل له الرد أم لا وانظر ماقدمناه عند قول المصنف ٦٦ ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ هذا وقد يقال ان ماذكرهنا يخالف مافى المتون من كتاب الشهادة من قولهم فى نصاب الشهادة ان نصابها فيما لا يطلع عليه الا النساء امرأة واحدة الا أن يجاب بان المراد ان المرأة تكفى لا لاجل اثبات العيب والرد به بل لاجل توجه الخصومة على البائع أو يحمل على ما قبل القبض كما يفيده مافى الخانية حيث قال وفيما لا ينظره الرجال كالقرن والرتق ونحوه اختلفت فيه الروايات وآخر ماروى عن محمد ان كان ذلك قبل القبض وهو عيب لا يحدث يرد بشهادة النساء وهو قول أبى يوسف الاخير والحبل يثبت بقول النساء فى حق الخصومة ولا يرد بشهادتهن اه وكانه احترز بقوله لا يحدث عن نحو الحبل وبه علم ان مامر عن الخلاصة وغيرها من عدم الفسخ قبل القبض قول أبى يوسف الاول والعمل على المتأخر وعلى هذا فقول المؤلف ردت عليه بقولها محمول أيضا على ماقبل القبض بدليل مافى شرح الجامع الصغير لقاضيخان حيث قال ان كان بعد القبض لا يرد بشهادة النساء بالاتفاق لكن يحلف البائع فان حلف لا يرد وان نكل ترد عليه بنكوله وان كان قبل القبض ذكر الخصاف ان على قول أبى يوسف ترد من غير يمين البائع وقال محمد لا ترد حتى يحلف البائع وعن محمد فى النوادر شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة للرد وان كان بعد القبض اه وفى مجموعة صمتى افندى عن نقد الفتاوى مالا ينظر اليه الرجال كالقرن والرتق اذا أخبرت امرأة واحدة به يثبت العيب فى حق الخصومة لا فى الرد فى ظاهر الرواية اه ومثله فى الخانية

(قوله ولكن في أدب القاضي ما يخالفه) قال في البزازية وفي أدب القاضي الذي يرجع فيه الى الاطباء لا يثبت في حق توجه الخصومة مالم يتفق عدلان بخلاف مالا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة في حق الخصومة لا في حق الرد (قوله لان القول للقابض فيما قبضه مطلقا الخ) البائع والمشتري اذا اختلفا في جنس الثمن انه دراهم أو دنانير أو في قدره انه ألف أو ألفان أو في صفته انه صحاح أو جياد أو زيوف مكسرة والسلعة قائمة بعينها فانهما يتحالفان ان اختلفا قبل قبض المشتري فالتحالف على وفاق القياس وان بعد القبض فالتحالف على خلاف القياس فالقياس أن لا يحلف البائع وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فأما على قول محمد فالتحالف بعد القبض على وفاق القياس وبه أخذ بشر بن غياث والكرخي واذا وقع الاختلاف في المبيع فالتحالف قبل نقد الثمن على وفاق القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا في الظهيرية ثم ذكر كيفية التحالف ثم قال وان اختلفا في وصف من أوصاف المبيع فقال المشتري اشتريت منك هذا العبد

على انه كاتب أو على انه خباز وقال البائع لم اشترط شيئا فالقول قول البائع ولا يتحالفان اه وسنذكر هنا أيضا ما اذا اختلفا في طوله وعرضه فتأمل ذلك مع ما ذكره هنا (قوله بخلاف ما اذا جاء ليرده بخيار عيب الخ) قال الرملي

والقول في قدر المقبوض للقابض

قال في جامع الفصولين أقول الاصل ان القول في التعيين للمالك حتى لو أراد رده بعيب فقال ليس المبيع هذا يصدق البائع مع يمينه فعلى هذا ينبغي أن يكون القول للبائع في مسئلة خيار الشرط أيضا والاصل الآخر ان القول للقابض في قدر المقبوض وتعيينه وصفته فعلى هذا ينبغي أن يكون القول للمشتري في مسئلة خيار العيب كما في خيار الشرط والحاصل ان خيار الشرط وخيار العيب ينبغي أن يتحدا في هذا الحكم اه قال الشارح المؤلف في حواشيه على جامع الفصولين أقول ان الاصل ان القول للقابض كما ذكره الا في التعيين فان القول للمالك ملكا تاما وفي العيب يثبت الملك التام لان خيار العيب لا يمنع الملك ولا تمامه وانما يمنع لزومه وأما خيار الشرط فلانه مانع يمنع تمام الحكم فكان على الاصل من ان القول للقابض وقد اشتبه ذلك على المؤلف فخبط ولم يفرق فليتأمل وقد فرق في فتح القدير في آخر خيار الرؤية بفرق حسن وهو ان المشتري في خيار الشرط والرؤية ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره اه

الفوائد الفقهية مفصلة ثم اعلم ان القاضي انما يحتاج الى قول الاطباء عند عدم علمه بالعيب أما اذا كان من ذوي المعرفة نظر بنفسه كما في البزازية ونظر أمين القاضي كهو كما في البدائع واشتراط العدلين منهم انما هو للرد وان أخبر واحد عدل توجهت الخصومة فيحلف البائع كما فيها أيضا ولكن في أدب القاضي ما يخالفه وفيها ولو اخبرت امرأة بأنها حامل وامرأتان بالعدم صحت الخصومة ولا يقبل قول النافية فان قال البائع ليست لها بصارة اختار القاضي ذات بصارة اه وقدمنا ان للبائع أن يمتنع من القبول مع علمه بالعيب حتى يقضي عليه ليتعدى الى بائعه وقد صرح به في البزازية أيضا وفي تهذيب القلانسي ولو أقام البائع بينة انه حدث عند المشتري وأقام المشتري البينة انه كان معيبا في يد البائع تقبل بينة المشتري اه (قوله والقول في قدر المقبوض للقابض) لانه هو المنكر لما يدعيه المدعي أطلقه فشمل ما اذا كان أمينا أو ضمينا كالغاصب وان كان المقام مخصصا لما يتعلق بالعيب فلو اشترى جارية وتسلمها ثم وجد بها عيبا فقال البائع بعتكها وأخرى معها وقال المشتري وحدها فالقول للمشتري ولو حذف المصنف قوله في مقدار المقبوض لكان أولى لان القول للقابض فيما قبضه مطلقا مقدارا أو صفة أو تعيينا فلو جاء ليرد المبيع بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه بخلاف ما اذا جاء ليرده بخيار عيب فان القول للبائع كما في العمادية وفرق بينهما في فتح القدير واذا اختلفا في تعيين الزق فالقول للمشتري كما في الظهيرية واذا اشترى عبدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف الى سنة صفقة أو صفقتين فوجد بأحدهما عيبا فرده ثم اختلفا فقال البائع رددت ما ثمنه آجل وقال المشتري ما كان ثمنه عاجلا فالقول للبائع سواء هلك ما في يد المشتري أولا ولا تحالف ولو كان الثمنان مختلفين فرد أحدهما بعيب فادعى البائع ان ثمن المردود كذا وعكس المشتري فالقول للمشتري كذا في الظهيرية ومن مسائل الجامع الكبير لو اشترى عبدا بألف وقبضه ووهب البائع له عبدا آخر وسلمه فمات أحد العبدين ثم أراد المشتري رد الباقي بعيب

فادعى البائع ان المبيع هو الهالك والباقى هو الهبة وعكس المشترى ولا بينة فالقول للبائع ولو لم يجد عيبا وانما أراد الواهب الرجوع وقال الحى هو الموهوب وأنكر المشترى فالقول للبائع فاذا رجع فيه رجع المشترى بالثمن المدفوع واذا رجع رجع البائع بقيمة العبد الميت بعد التحالف واذا اختلفا فى طول المبيع وعرضه فالقول للبائع وتمامه فى الظهيرية من فصل الاختلافات من البيوع وفى تلخيص الجامع من باب الاختلاف فى المرابحة اشترى ثوبا قيمته عشرة بعشرة ودفع اليه آخر ثوبا اشتراه بعشرة وقيمته عشرون ليبيع له مع ثوبه فقال لرجل هما قاما بعشرين فابيعك بربح عشرة فاشتراهما ثم وجد بثوب الآمر عيبا فقال شريته سماصفقة وانقسم الربح على القيمة أثلاثا وارده بثلثى الثمن فقال البائع ثمن كل ثوب عشرة فانقسم الربح على الثمنين فرده بنصفه فالقول للمشترى مع اليمين بجحده مزيد حادث بخلاف مالم يدع عيبا لفقد الجدوى الى أن قال ولا تحالف وان برهنا فالبينة للمشترى لاثباته زيادة حقيقة مقصودة وتمامه فيه قيد بكونه مقبوضا لان المشترى بالخيار اذا أراد الاجازة فى سلعة فى يد البائع فقال البائع ما بعتكها قالوا القول للبائع كما لو ادعى بيع عين وأنكر وان كان الخيار للبائع فاراد الزام البيع فى معين وأنكره المشترى فالقول للمشترى كذا فى الظهيرية من خيار التعيين وشمل ما اذا ادعى المشترى بعد قبض المبيع انه وجده ناقصا فالقول له لانه القابض قال فى الخلاصة من كتاب الصلح رجل باع من آخر ابريسما ووزنه عليه وقت البيع وحمله المشترى ثم رجع اليه بعد مدة وقال وجدته ناقصا فان كان النقص يكون بين الوزنين فلا شئ له وان كان أكثر ينظر ان لم يسبق من المشترى اقرار بقبض كذا منا فله أن يمنعه من الثمن بازاء النقصان ولو نقده رجع بذلك القدر وان أقر بقبضه ليس عليه شئ اهـ فان قلت هل تقبل بينة القابض على ما ادعاه مع قبول قوله قلت نعم تقبل لاسقاط اليمين عنه كالمودع اذا ادعى الرد أو الهلاك وأقام بينة تقبل مع ان القول قوله والبينة لاسقاط اليمين مقبولة كذا فى الذخيرة من باب الصرف وذكر لقبولها فائدة أخرى هى ان الوكيل بالصرف لو رد عليه الدينار بعيب فاقر به وقبله كان عليه لا على الموكل فلو أقام مشتريه بينة على انه هو الذى قبضه من الوكيل قبلت لاسقاط اليمين عنه ولرجوعه الى الموكل فليحفظ (قوله ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد باحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد أطلقه فشمل ما اذا كان المعيب المقبوض أو غيره ويروى عن أبى يوسف انه اذا وجد بالمقبوض عيبا يرده خاصة كانه جعل غير المعيب تبعا له والاصح انه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه والعبدان مثال والمراد عبدان أو ثوبان أو نحوهما (قوله ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده) لكونه تفريقا بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة فى خيار العيب وسياتى ان مسئلة زوجى الخف ومصراعى الباب مستثناة من كلامه هنا وعلى هذا اذا اشترى ثورين فوجد باحدهما عيبا بعد القبض فان كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده وقيد بخيار العيب لانه ليس له رد أحدهما بخيار شرط أو رؤية قبل القبض أو بعده لان الصفقة فيهما لا تتم الا بالقبض قيد بتراخى ظهور العيب

منتخب الظهيرية يوافق ماذكره المؤلف ونصه ابن سماعة عن محمد رجل باع من آخر ثوبا مرويا فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على انه ست فى تسع وقال المشترى اشتريته على انه سبع فى ثمان فالقول قول البائع مع يمينه اهـ وقال فى التتارخانية وفى نوادر هشام اذا اشترى من آخر ثوبا وقال المشترى اشتريت منك بمائة على انه ثمان أذرع فى ثمان وهو سبع فى سبع وقال البائع بعتك بمائة ولم أسم الذراع فالقول قول البائع فى قول أبى يوسف ومحمد اهـ ومثله فى الذخيرة (قوله وذكر لقبولها فائدة أخرى الخ) قال فى النهر وأقول قد علمت فيما مر أنه فى الصرف لو رد عليه الدينار بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه فسووا فيه بين القضاء والرضا وعلى هذا فينبغى هنا أن يكون الرد على الوكيل ردا على الموكل والفرق ما مر فتدبر

ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد باحدهما عيبا أخذهما أو ردهما ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده

العيب عن القبض لانه لو وجد باحدهما عيبا قبل القبض فان قبض المعيب منهما لزماه أما المعيب فلوجود الرضا به وأما الآخر فلانه لا عيب به ولو قبض السليم منهما فلو كانا معيبين فقبض أحدهما له ردهما جميعا لانه لا يمكنه الزام البيع في المقبوض دون الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا يمكن اسقاط حقه في غير المقبوض لانه لم يرض به ولو أعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر كيلا تتفرق الصفقة على البائع لان الصفقة لا تتم الا بقبض المبيع كذا في المحيط وشمل اطلاقه ما اذا اشترى خاتم فضة فيه فص وقلع الفص لا يضر بواحد منهما فوجد باحدهما عيبا بعد القبض فله ان يقلع الفص و يرد المعيب منهما ولو وجد باحدهما عيبا قبل القبض ردهما وكذا السيف المحلى والمنطقة المحلاة ولو اشترى نخلا فيه تمر فجز التمر ثم وجد باحدهما عيبا لا يرد أحدهما بل يردهما لانهما بمنزلة شئ واحد لان التمر بعض النخل لانه خرج منه بخلاف الفص لانه ليس من الفضة كذا في المحيط (قوله ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله أو أخذه) لكونه كالشئ الواحد أطلقه فشمل ما اذا كان قبل القبض أو بعده وما وقع في الهداية من ان المراد بعد القبض فانما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثليات وشمل ما اذا كان في وعاء واحد أو وعاءين وقيل انه مخصوص بما اذا كان في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين فهو بمنزلة العبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولم يذكر المصنف حكم ما اذا كان المبيع متعددا لا يمكن الانتفاع باحدهما الا بالآخر اذا وجد باحدهما عيبا قالوا انه بمنزلة المكيل والموزون فيخير ان شاء أخذهما أو ردهما قبل القبض و بعده لانهما كشئ واحد كزوجي خف ومصراعي باب وزوجي ثور ألف أحدهما الآخر فلو وجد أحدهما أضيق فان كان خارجا عما عليه خفاف الناس في العادة ردوا الا وان كان لا يسع رجله فان كان اشتراهما للبس ردوا الا فلا كما في المحيط ثم اعلم ان ما لا ينتفع باحدهما الا بالآخر له أحكام منها حكم العيب ومنها لو قبض أحدهما بغير اذن البائع وهلك الآخر عند البائع يخير المشتري فيما قبض بحصته واذن البائع في قبض أحدهما اذن في قبضهما ومنها لو أعار أحدهما وأمر المستعير بقبضه لا يكون اذنا بقبض الآخر ومنها لو استحق أحدهما بعد القبض رد المشتري الآخر ان شاء ومنها لو عيب المشتري المأخوذ ثم هلك الآخر في يد البائع ولم يمنعه اياه هلك على المشتري وان منع البائع هلك على البائع ومنها لو أحدث البائع باحدهما عيبا بامر المشتري صار قابضا لهما ومنها لو رأى المشتري أحدهما فرضيه لم يكن رضا بالآخر ومنها لو تعيب أحدهما لم يرد الآخر بعيب وخيار رؤية و يرجع بالنقصان ومنها لو استهلك رجل أحدهما يدفع اليه الآخر و يضمنه قيمتهما ان شاء والمسائل كلها من المحيط والحاصل ان حكم أحدهما حكم الآخر الا في مسائل الاذن بقبض أحدهما في العارية لا يكون اذنا بقبض الآخر ورؤية أحدهما لا تكون رؤية للآخر (قوله ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير) لان المثلي لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك أطلقه وهو مقيد بما اذا كان بعد القبض أما قبله فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة قبل التمام وأراد بالثوب القيمي لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون فشمل العبد والدار كما في النهاية و ينبغي أن تكون الارض كالدار وحاصله ان المبيع ان استحق بعضه فان كان قبل القبض الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمها بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار

النهر هذا مقيد بقيدين الاول أن يكون من نوع واحد الثاني أن يكون بعد القبض قيد به في الهداية وعليه فيفترق الحال بين المثليات والقيميات لانه لو كان قبله يرد الكل أو يأخذ الكل لا فرق بين كونه مثليا أو قيميا اه والفرق فيهما في الحكم بعد القبض ففي القيمي يرد المعيب وحده وفي المثلي يرد كله أو يأخذه وقدم في شرح قوله وان أعتقه على مال الخ انه لو كان طعاما فأكل بعضه يرد ما بقي ويرجع

ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني عيبا رده كله أو أخذه ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير

بنقصان ما أكل وعليه الفتوى وعلى هذا فما لم يذكره للاختلاف فيه تامل (قوله وحاصله انه ان استحق بعضه الخ) قال في العناية وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما اذا كان ذلك قبل القبض له أن يرد

التمام وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره بخير كما مر لما مر من التفرق ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقي يخير المشتري كما مر ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين أو قنين استحق أحدهما أو كيلي أو وزني استحق بعضه ولا يضر تبعضه فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار اه رامزا

خير في الكل وان كان بعده خير في القيمي لا في المثلي فان قبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ما اذا لم يقبضهما كما في المحيط وفي جامع الفصولين لو اشترى قنين فاراد رد أحدهما بعيب لا يشترط حضرة القن الآخر سواء رد بقضاء أو رضا ويصح الرد ولو لم يكن المعيب حاضرا أيضا وكذا لو استحق أحدهما لا يشترط حضرة الآخر سواء رد بقضاء أو رضا اه وذكر في فصل الاستحقاق شرى فبنى فاستحق نصفه ورد المشتري ما بقي على البائع فله أن يرجع على بائعه بثمنه وبنصف قيمة البناء لانه مغرور في النصف ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضا ولو كان البناء في النصف الذي لم يستحق فله أن يرد البناء ولا يرجع بشيء من قيمة البناء شرى دارا فاستحقت عرصتها ونقض البناء فقال المشتري أنا بنيتها فارجع على بائعي وقال بائعه بعتها مبنية فالقول للبائع شرى نصفه مشاعا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقي ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصفه الباقي وهو الربع اه ثم قال شرى دارا مع بنائه فاستحق البناء قبل قبضه قالوا يخير المشتري ان شاء أخذ الارض بحصته من الثمن وان شاء ترك ولو استحق بعد قبضه يأخذ الارض بحصته ولا خيار له والشجر كالبناء ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض أخذهما بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق اه (قوله واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب) لانه دليل الاستبقاء في ملكه أطلق الركوب وهو مقيد بما اذا ركبها في حاجته لما سنصرح به وكذا المداواة انما تكون رضا بعيب داواه أما اذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فانه لا يمتنع رده كما في الولوالجية وفي خزانة الفقه اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لاردها عليك فالقول للمشتري وقيد بخيار العيب لان هذه الاشياء لا تسقط خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون مسقطا وقيد بهذه الاشياء لان الاستخدام بعد العلم بالعيب لا يكون رضا استحسانا لان الناس يتوسعون فيه وهو للاختبار هكذا أطلقه في المبسوط ونقل عن السرخسي في البزازية ان الصحيح ان الاستخدام رضا بالعيب في المرة الثانية الا اذا كان في نوع آخر وفي الصغرى الاستخدام مرة واحدة لا يكون رضا الا اذا كان على كره من العبد اه (قوله لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب لهذه الاشياء رضا بالعيب أطلقه وهو كذلك في الرد وأما في السقي وشراء العلف فلا بد أن يكون لا بد له منه لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد أما اذا كان له بد منه فهو رضا كما في الهداية وفي جامع الفصولين ادعى عيبا في حمار فركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد اه وفي البزازية لو ركب لينظر الى سيرها أو لبس لينظر الى قدها فهو رضا وفي فتح القدير وجدها عيبا في السفر فحملها فهو عذر وأشار المؤلف رحمه الله تعالى باللبس وأخويه لغير حاجة الى ان كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك البيع والعرض عليه وكتبنا في الفوائد الا في الدراهم اذا وجدها البائع زيوفا فعرضها على البيع فانه لا يمنع الرد على المشتري لان ردها لكونها خلاف حقه لان حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه بخلاف المبيع العين فانه ملكه

واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف

لشرح الطحاوي (قوله أطلقه وهو كذلك في الرد الخ) قال في الشرنبلالية جعل الركوب للرد غير مانع مطلقا وللسقي وشراء العلف غير مانع مع الضرورة ضعيف لما قال الزيلعي لا يكون الركوب ليسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تأويله اذا لم يكن له بد من الركوب ان كان العلف في عدل واحد ولا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لانه سبب للرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة اه وفي المواهب الركوب للرد وللسقي أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقا في الاظهر اه فالعرض

فالعرض رضا بعيبه ولا فرق بين ان يكون البائع في المسئلتين قال له اعرضها على البيع فان لم تشتر منك ردها على أولا وقيدنا بالبيع لانه لو اشترى ثوبا فعرضه على الخياط لينظره أيكفيه أم لا لم يبطل حقه في رده بعيب وكذا لو عرضها على المقومين لتقوم كما في جامع الفصولين وفي البزازية لو قال له البائع بعد الاطلاع أتبيعها قال نعم لزم ولا يتمكن من الرد قال الشيخ الامام وينبغي أن يقول بدل قوله نعم لا لان نعم عرض على البيع ولا تقرير لمكنته وفيها الاستقالة بعد الاطلاع لا تمنع الرد بخلاف العرض ومن ذلك الاجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة وهذا اذا كان بعد العلم بالعيب فان أجره ثم علم به فله نقضها للعذر ويرده بخلاف الرهن لانه لا يرده الا بعد الفكاك كذا في جامع الفصولين ومنه ارسال ولد البقرة عليها لترتضع منها أو حلبه لبن الشاة أو شرب اللبن وهل يرجع بالنقصان قولان وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وارضاع الامة ولد المشتري واتلاف كسب المبيع بعد علمه وضرب العبد ان لم يؤثر الضرب فيه فان أثر فلا رد ولا رجوع وليس منه جز صوف الغنم ان نقصه فان لم ينقصه فله الرد وكذا قطف الثمار ان لم ينقص واستشكله في جامع الفصولين بانه ينبغي أن لا يرد لانها زيادة منفصلة متولدة وهي تمنع الرد ولم أر فيها خلافا ولكن يظهر من هذا ان فيها روايتين ومنه كما في البزازية الوطء بكرا كانت أو ثيبا نقصها أولا فلا رد ولا رجوع وكذا لو قبلها بشهوة أو لمسها لكن يرجع بالنقص الا أن يقبلها البائع وان وطئها الزوج ان ثيبا ردها وان بكرا لا وسكنى الدار أي ابتداؤها لا الدوام ومنه سقي الارض وزراعتها وكسح الكرم والبيع كلا أو بعضا بعد الاطلاع مانع من الرد والرجوع وكذا الهبة والاعتاق مطلقا كذا في البزازية وفيها دفع باقي الثمن بعد العلم بالعيب رضا وفي الواقعات الهبة رضا وان لم يسلم العين الى الموهوب له لانها أقوى من العرض اه وفيها وعرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد النصف كالبيع وجمع غلات الضيعة رضا وكذا تركها لانه تضييع وفي فتح القدير هنا ان خيار العيب على التراخي عندنا فلا يبطل بعد العلم به بالتأخير (قوله ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) يعني لو اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم به وقت الشراء ولا وقت القبض فقطعت يده عند المشتري له أن يرده ويأخذ ما دفعه عند الامام وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان عند البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب ومسئلة الحامل ممنوعة وقيد بكونه بسبب عند البائع فقط لانه لو سرق عندهما فقطع بهما فعندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي أحدهما الرجوع فيتنصف فلو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب ولم يقيد المصنف بعدم علم المشتري لسرقته عند البائع وقيده به في الجامع الصغير وهو مفيد على قولهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على

ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن

(قوله وليس منه جز صوف الغنم) ظاهره انه عطف على قوله وليس منه أكل ثمر الشجر الخ أي مما يمنع الرد فيفيد ان جز الصوف ان نقصه ليس مما يمنع الرد أيضا مع انه مما يمنع الرد بدليل قوله فان لم ينقصه فله الرد تأمل (قوله فلا رد ولا رجوع) هذا مخالف لما قدمه في شرح قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ عن الظهيرية من ان له أن يرجع بالنقصان (قوله وكذا لو قبلها بشهوة) قال في البزازية قال التمرتاشي قول السرخسي رحمه الله تعالى التقبيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم بالعيب اه وفيها قبل هذا وطء الثيب يمنع الرد بالعيب والرجوع بالنقصان وكذا التقبيل والمس بشهوة لانه دليل الرضا وسواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده (قوله ومسئلة الحامل ممنوعة) أي على قول أبي حنيفة رحمه الله بل يرجع على قوله بكل

ولو برئ من كل عيب به صح وان لم يسم الكل ولا يرد بعيب

الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان وتمامه فى فتح القدير (قوله ولكن هذا على رواية الاسبيجابى الخ) جواب عن الاشكال بمنع الاجماع قال فى فتح القدير أجيب بمنع انه اجماع بان فى الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبى يوسف خلافا لمحمد وذكر فى المبسوط فى موضع آخر لا رواية عن أبى يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا للتقرير غرضهما وكم من شئ لا يثبت مقصودا و يثبت تبعا اه مافى الفتح (قوله وفى البدائع لو باع على انه برئ الخ) قال فى النهر مبنى على قول محمد كما فى الشرح وعند أبى يوسف

قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كذا فى الهداية ثم اعلم انه لا أثر فى الاستحقاق بعلم المشترى انه ملك المستحق الا فيما لو كانت جارية فاولدها عالما بانها ملك الغير فان الولد رقيق لعدم الغرور كما فى فصله من جامع الفصولين وظاهر كلام المصنف انه ليس بمخير بين امساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله امساكه واخذ نصف الثمن لانه بمنزلة الاستحقاق لا العيب كما ذكره الشارح حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق ولو أعتقه المشترى ثم قتل أو قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشئ لفوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان والى هنا ظهر ان الاختلاف بين الامام وصاحبيه فى ستة مسائل الاولى له رده عنده لا عندهما الثانية فى كيفية الرجوع فعنده بالكل ان رده وبالنصف ان أمسكه وعندهما بالنقصان الثالثة اذا مات بعد القطع حتف أنفه فعنده يرجع بالنصف ولا رجوع عندهما الرابعة لو أعتقه فلا رجوع عنده خلافا لهما الخامسة فى رجوع الباعة السادسة العلم به لا يمنع الخيار عنده خلافا لهما وقيد بكونه قطع عند المشترى لانه لو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشترى به فانه يرجع بالنقصان عنده أيضا و بالقطع لانه لو اشترى مريضا فمات منه عند المشترى أو عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشترى فمات به رجع بالنقصان عنده أيضا لان المريض والمقطوع عند البائع انما مات بزيادة الآلام وترادفها عند المشترى وهى لم توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد والموت غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم يكن عنده وكذا لو زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشترى ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع لان البكارة لا تستحق بالبيع كذا فى فتح القدير وكتبنا فى شرح المنار من بحث الاداء والقضاء انه لو بيع عند المشترى بدين كان عند البائع فانه يرجع بالثمن فالمسائل الموردة عليه خمس (قوله ولو برئ من كل عيب به صح وان لم يسم الكل ولا يرد بعيب) لان الجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى المنازعة وان كان فى ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل تحت الابراء الموجود والحادث قبل القبض فى قول الثانى وذكره مع الامام فى المبسوط وشرح الطحاوى وفى الخانية انه ظاهر مذهبهما وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابى يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة من الموجود والحادث وأجمعوا انه لو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولا يرد علينا عدم صحة أبرأت أحدكما للجهالة من له الحق كقوله لرجل على كذا ولو قال أبرأتك من كل عيب به وما يحدث لم يصح اجماعا فاستشكل قول أبى يوسف لانه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الاسبيجابى وأما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مكان العيب الموجب للرد وفى البدائع لو باع على انه برئ من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابراء لا يحتمل الاضافة وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل الاضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اه ولو اختلفا فى عيب انه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبى يوسف وعند محمد القول للبائع مع يمينه على العلم بانه حادث هذا اذا أطلق أما اذا أبرأه مقيدا بعيب كان عند البائع ثم اختلفا على نحو ما ذكرنا فالقول للمشترى كذا فى البدائع ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشترى عيب أو موت فاطلع على آخر فاراد الرجوع بالنقصان جعل أبو يوسف الخيار للبائع فى التعيين وجعله محمد رحمه الله تعالى

للمشترى

للمشتري ومحله ما اذا لم يعينها عند البيع بل أبرأه من شجة به أو عيب ولو أبرأه من كل غائلة فهي في السرقة والاباق والفجور ولو أبرأه من كل داء فهو على ما في الباطن في العادة وماسواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل ولو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو أبرأه من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية كذا في المعراج والاثر الذي برئ منه ولا يدخل الكي كما في الخانية وفي المحيط أبرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو أعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب وكذا لو قال بيده فاذا هي مقطوعة لا يبرأ بخلاف قطع الاصبع وبخلاف ما اذا برئ من كل عيب به كذا في الواقعات ولو قال أنا بريء من كل عيب الا اباقه برئ من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق لانه لم يضف الاباق الى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الاباق للحال لان هذا الكلام كما يحتمل التبري عن اباق موجود من العبد يحتمل التبري عن اباق سيحدث في المستقبل فلا يكون مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك اه ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك وفي الصغرى المشتري الاول اذا أبرأ بائعه عن العيب بعد ما اطلع الثاني عليه صح ولا يرده على بائعه اذا رد عليه وفي الخانية اذا باع جارية وقال أنا بريء من كل عيب بها فهو بريء من كل عيب بها ولو قال أنا بريء منها لا يبرأ عن شيء من العيوب ولو قال أبرأتك عن كل عيب ولم يقل بها فهذه براءة عن كل عيب اه وفيها باع شيأ على انه بريء من كل عيب لا يكون اقرارا بالعيب ولو شرط البراءة عن عيب واحد أو عيبين كان ذلك اقرارا بذلك العيب بيانه اذا باع عبدين على انه بريء من كل عيب بهذا العبد بعينه وسلمهما الى المشتري فاستحق أحدهما ووجد المشتري بالآخر عيبا لزمه المعيب بحصته من الثمن فيقسم الثمن على العبدين وهما صحيحان لا عيب بهما فاذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن ولو باع عبدين بثمن واحد على انه بريء من عيب واحد بهذا ثم استحق أحدهما فوجد بالذي برئ عن عيب واحد عيبا فانه يقسم الثمن عليهما على قيمة المستحق صحيحا وعلى قيمة الآخر وبه عيب واحد فاذا عرفت حصة المستحق رجع المشتري على البائع بذلك اه ما في الخانية ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى الصلح عن العيب كما لم يذكر الكفالة به وقدمنا طرفا منهما ولا بأس بذكرهما هنا تتميما للفائدة أما الاول فقدمنا انه ان كان الدافع البائع والمبيع للمشتري كان جائزا حطا من الثمن وان كان المشتري لا يأخذه البائع لا وفي فتح القدير لو اصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراء المحطوط ورضي الاجنبي جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو متخرق وقال المشتري لا أدري تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا غلط وتأويله ان يضمن القصار أولا للمشتري ثم يدفع المشتري ذلك للبائع اه وفي الصغرى ادعى عيبا في جارية فانكر فاصطلحا على مال على ان يبرئ المشتري البائع عن ذلك العيب ثم ظهر انه لم يكن به هذا العيب أو كان بها لكن برئت وصحت كان للبائع أن يرجع على المشتري ويأخذ ما أدى من البدل وفي القنية باع المشتري بعد الصلح عن العيب ثم زال العيب في يد المشتري الثاني ليس للبائع أن يرجع على مشتريه ببدل الصلح ان زال عما تحت المشتري الاول والا فلا اه وفيها اشترى حمارا ووجد به عيبا قديما فاراد الرد فصولح بينهما بدينار وأخذه ثم وجد به عيبا آخر قديما فله أن يرد مع الدينار وقيل يرجع بنقصان العيب اه والى هنا ظهر ان

يصح لان الغرض ايجاد البيع على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع من العيب اه وهو بعد بل ظاهر قوله عندنا متابعة ما في شرح الطحاوي
(قوله دخل العيب دون الدرك) لان العيب حق له قبله للحال والدرك لا كذا في الذخيرة

خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع أو وقت القبض والرضا به بعدهما أو اشتراط البراءة من كل عيب أو الصلح على شيء وفي جامع الفصولين لو اشتراه على ان عيبه حادث فظهر انه قديم لا يرده أو الاقرار بان لا عيب به اذا عينه قال في الصغرى اذا قال المشتري ليس به عيب لا يكون اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا كان له أن يرده ولو عين فقال ليس بآبق كان اقرارا بانتفاء الاباق وكذا لو شهدوا انه باع بشرط البراءة من كل عيب لا يكون اقرارا من الشهود بالعيب حتى لو اشتراه الشاهد فوجد به عيبا كان له أن يرد وكذا لو شهدوا على انه باعه على انه بريء من الاباق ثم اشتراه الشاهد فوجده آبقا فله الرد ولو على انه بريء من اباقه فليس للشاهد رده باباقه اه وفي الولوالجية البائعة اذا تزوجت المشتري على أرش العيب صح وكان اقرارا منها بالعيب وكذا البائع اذا اشترى منه ارش العيب كان اقرارا به بخلاف الصلح عنه لا يكون اقرارا به وأما ضمانه ففي البزازية اشترى عبدا وضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب فرده لا ضمان عليه عند الامام لانه ضمان العهدة وعلى قول الثاني يضمن لانه ضمان العيوب وان ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن للمشتري وان مات عنده قبل الرد قضي على البائع بالنقص ورجع به على الضامن ولو ضمن له بحصة ما يجده من العيوب من الثمن فهو جائز عند الامام فان رده المشتري رجع بكل الثمن على الضامن وان لم يرده وقضي بالنقص على البائع رجع على الضامن كما يرجع على البائع وعن الثاني قال رجل للمشتري ضمنت لك عماه فكان أعمى فرده لم يرجع على الضامن بشيء ولو قال ان كان أعمى فعلى حصة العمى من الثمن فرده ضمن حصة العمى ولو وجد به عيبا فقال رجل للمشتري ضمنت لك هذا العيب فالضمان باطل اه والله أعلم

(قوله أو الاقرار بان لا عيب به الخ) عطف على قوله بالعلم به وقت البيع

﴿باب البيع الفاسد﴾

﴿باب البيع الفاسد﴾

﴿باب البيع الفاسد﴾

أخره لكونه عقدا مخالفا للدين كما في فتح القدير وصرح الولوالجي رحمه الله تعالى من الفصل السابع بانه معصية يجب رفعها وسيأتي في باب الربا ان كل عقد فاسد فهو ربا والفاسد له معنيان لغوي واصطلاحي فالاول فسد كنصر وعقد وكرم فسادا وفسودا ضد صلح فهو فاسد وفسيد من فسدى ولم يسمع انفسد والفساد أخذ المال ظلما والجدب والمفسدة ضد المصلحة وفسده تفسيدا أفسده وتفاسدوا قطعوا أرحامهم واستفسد ضد استصلح كذا في القاموس وفي المصباح واعلم ان الفساد الى الحيوان أسرع منه الى النبات والى النبات أسرع منه الى الجماد لان الرطوبة في الحيوان أكثر من الرطوبة في النبات وقد يعرض للطبيعة عارض فتعجز الحرارة بسببه عن جريانها في المجاري الطبيعية الدافعة لعوارض العفونة فتكون العفونة بالحيوان أشد تشبثا منها بالنبات فيسرع اليه الفساد فهذه هي الحكمة في قول الفقهاء يقدم القاضي ما يتسارع اليه الفساد فيبدأ ببيع الحيوان ويتعدى بالهمزة والتضعيف والمفسدة خلاف المصلحة وجمعها المفاسد اه وحاصله انه ما تغير وصفه ويمكن الانتفاع به لما في البناية يقال فسد اللحم اذا أنتن مع بقاء الانتفاع به وأما الثاني قالوا هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ولا يخفى مناسبته للمعنى اللغوي ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته فان كونه فاسدا يمنع صحته ولقد تسمح في البناية حيث عرفه بانه ما لا يصح وصفا فانه يفيد انه يصح أصلا ولا صحة للفاسد وانما أطلقوا المشروعية على الاصل نظرا الى انه لو خلي عن الوصف لكان مشروعا والا فمع اتصافه بالوصف المنهي عنه لا يبقى مشروعا

أصلا والمراد بالفاسد هنا ما يعم الباطل لانهم يذكرون في هذا الباب ما يعم الباطل أيضا فالمراد به
مالم يكن مشروعا بوصفه أعم من أن يكون مشروعا بأصله أولا * والبياعات المنهي عنها ثلاثة فاسد
وباطل ومكروه تحريما فالفاسد بيناه وأما الباطل فله معنيان لغوي واصطلاحي فالاول يقال
بطل الشئ يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الاوائل فسد أوسقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل
أو أباطيل على غير قياس كذا في المصباح ويقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود أو للسوس
بطل واذا أنتن فسد كما في فتح القدير وأما الثاني فهو مالا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه وحكمه
عدم افادة الحكم وهو الملك قبضه أولا وفيه مناسبة للمعنى اللغوي لانه بمعنى ما سقط حكمه وحكم
الفاسد مالا يفيده بمجرده بل بالقبض وأما المكروه فهو لغة خلاف المحبوب واصطلاحا مانهي عنه
لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة نهي عنه للصلاة وعرفه في البناية بما كان مشروعا باصله ووصفه
لكن نهي عنه لمجاور اهـ ويمكن ادخاله تحت الفاسد أيضا على ارادة الاعم وهو مانهي عنه
فيشمل الثلاثة والفساد بالمعنى الاعم يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو
الثمن ومنه العجز عن التسليم الا بضرر ومنها الغرر ومنها شرط خارج عن الشرع ومنها عدم
المالية أو التقوم ومنها عدم الوجود ومنها عدم القدرة على التسليم وأما البيع الجائز الذي
لانهي فيه فثلاثة نافذ لازم ونافذ ليس بلازم وموقوف فالاول ما كان مشروعا بأصله ووصفه
ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه والثاني مالم يتعلق به حق الغير وفيه خيار والموقوف ما تعلق
به حق الغير وهو اما ملك الغير أو حق بالبيع لغير المالك وحصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع
العبد والصبي المحجورين موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصي وبيع غير الرشيد موقوف
على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير موقوف على اجازة المرتهن
والمستأجر والمزارع وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري موقوف على اجازة المشتري
وقبل القبض في المنقول لا ينعقد أصلا وبيع المرتد عند الامام والبيع برقمه وبما باع فلان
والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبمثل
ما أخذ به فلان وبيع المالك المغصوب موقوف على اقرار الغاصب أو البرهان بعد انكاره
وبيع مال الغير اهـ ويمكن أن يزاد البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام فان الصحيح انه
موقوف فان أسقطه قبل دخول الرابع جاز والا فسد كما تقدم في بابه لا يقال انما لم يذكره للاختلاف
لانا نقول لم يقتصر على المتفق عليه فان في بيع المرهون والمستأجر خلافا ويستثنى مما في مزارعة
الغير ما اذا باعها مالكها والبذر من قبله قبل القائه فانه نافذ كما في البزازية السابع عشر من
الموقوف الوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فانه موقوف فان اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ
على الموكل كما في المجمع وغيره الثامن عشر على قولهما الوكيل ببيع العبد اذا باع نصفه
هو موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة وعند الامام نافذ كما في المجمع التاسع عشر بيع نصيبه
من مشترك بالخلط والاختلاط موقوف على اجازة شريكه كما ذكروه في الشركة العشرون
بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس كما في البزازية الحادي والعشرون بيع
المريض عينا من أعيان ماله لبعض ورثته موقوف على اجازة الباقي ولو كان بمثل القيمة عنده
الثاني والعشرون بيع السيد عبده المأذون المديون موقوف على اجازة الغرماء الثالث والعشرون
بيع الوارث التركة المستغرقة بالدين موقوف على اجازة الغرماء ذكره الزيلعي عند قوله وصح عتق

مشتر من غاصبه باجازة بيعه الرابع والعشرون الوكيل اذا وكل بلا اذن وتعميم فعقد الثانى توقف على اجازة الاول كما فى المجمع الخامس والعشرون أحد الوكيلين اذا باع بحضرة صاحبه توقف على اجازته فان أجازه جاز بخلاف ما اذا كان غائبا فانه لا ينفذ باجازته كما ذكره الزيلعى فى الوكالة السادس والعشرون بيع المولى اكساب عبده المديون بعد الحجر عليه موقوف على اجازة الغرماء كما فى جامع الفصولين السابع والعشرون أحد الوصيين اذا باع بحضرة الآخر الثامن والعشرون أحد الناظرين اذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر توقف فيهما على اجازة الآخر أخذا من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحا التاسع والعشرون بيع المعتوه كبيع الصبى العاقل موقوف كما ذكره الزيلعى والصحيح يشمل الثلاثة لانه ما كان مشروعا باصله ووصفه والموقوف كذلك والصحة فى المعاملات ترتب الآثار وفى العبادات سقوط القضاء كما فى الاصول وللمشايخ طريقان فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه فانه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض ولا يضر توقفه على الاجازة كتوقف البيع الذى فيه الخيار على اسقاطه ولذا قال فى المستصفى البيع نوعان صحيح وفاسد والصحيح نوعان لازم وغير لازم اه ولذا لم يذكر فى الحاوى القدسى فى التقسيم الصحيح وانما قال المبيع أربعة أنواع نافذ وموقوف وفاسد وباطل ولا غبار على هذه العبارة ومنهم من جعله قسما للصحيح وعليه مشى الشارح الزيلعى فانه قسمه الى صحيح وباطل وفاسد وموقوف وقسمه فى فتح القدير الى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل وفاسد وموقوف فجعله من غير الجائز مريدا بالجائز النافذ وفى السادس من جامع الفصولين ان بيع مال الغير بغير اذن بدون تسليمه ليس بمعصية ولم أر فيما عندى من الكتب من سماه فاسدا الا فى بيع المرهون والمستأجر فقال فى البدائع من شرائطه أن لا يكون فى المبيع حق لغير البائع فان كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر واختلفت عبارات الكتب فى هذه المسئلة فى بعضها ان البيع فاسد وفى بعضها ان البيع موقوف وهو الصحيح الى آخره وقال قبله فى جواب الشافعى فى بيع الفضولى انه غير صحيح لانه لا يفيد حكمه وصحة التصرف عبارة عن اعتباره فى حق الحكم فقال قلنا نعم وعندنا هذا التصرف يفيد فى الجملة وهو ثبوت الملك موقوفا على الاجازة اما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شئ من ذلك عند العقد وانما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا ان يتوقف فى الجواب فى الحال انه صحيح فى حق الحكم ام لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع او للمشترى اه وانما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لانى قررت فى المدرسة الصرغتمشية حين اقراء الهداية ان بيع الفضولى صحيح عندنا فانكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم وادعى فساده وهو فاسد لما علمته وسيأتى له مزيد فى محله ان شاء الله تعالى (قوله لم يجز بيع الميتة والدم) لانعدام المالية التى هى ركن البيع فانهما لا يعدان مالا عند أحد وهو من قسم الباطل والمؤلف رحمه الله تعالى لما استعمل الفاسد فى الباب للاعم عبر بعدم الجواز الشامل للباطل والفاسد وفى القاموس الميتة ما لم تلحقه ذكاة وبالكسر للنوع اه فان أريد بعدم الجواز عدمه فى حق المسلمين بقيت الميتة على اطلاقها وان أريد الاعم للمسلم والكافر فيراد بها ما مات حتف أنفه اما المخنقة والموقوذة فغير داخلة لما فى التجنيس أهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم ان يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا وفى جامع الكرخى يجوز البيع عندهم عند أبى يوسف خلافا لمحمد

لم يجز بيع الميتة والدم

(قوله وهو الحق) ينبغى أن يستثنى من ذلك بيع المكره فانه موقوف على اجازته مع انه فاسد فقد صرح المصنف فى الاكراه انه يثبت به الملك عند القبض للفساد وأفاد فى المنار وشروحه انه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ وانه بالاجازة يصح ويزول الفساد وظاهره ان الموقوف على الاجازة صحته لكن لينظر الفرق بينه وبين المذكورات هنا تأمل (قوله ولم أر فيما عندى من الكتب من سماه فاسدا) ان كان ضمير سماه راجعا الى بيع مال الغير كما هو الظاهر من العبارة لا يناسبه الاستثناء اللهم الا أن يقال أراد بمال الغير ما تعلق به حق الغير

لابى يوسف انهم يتمولونها كالخمر ولمحمد ان أحكامهم كأحكامنا الا فى الخمر وفى الذخيرة أراد بالميتة ماماتت حتف أنفه أما التى ماتت بالسبب كالخنق والجرح فى غير موضع الذبح فالمبيع فاسد لا باطل وكذلك ذبائح المجوس مال متقوم عندهم بمنزلة الخمر كذا فى المعراج وحاصله ان فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة الى الكافر وفى رواية الجواز وفى رواية الفساد وأما البطلان فلا وأما فى حقنا فالكل سواء قال فى البدائع ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوسى والمرتد والمشرك ومتروك التسمية عمدا عندنا وذبيحة المجنون والصبى الذى لا يعقل وكذا ذبيحة صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا وذبيحة المحرم من الصيد فى الحل او الحرم لان الكل ميتة ولا ينعقد بيع صيد الحرم سواء كان صيد الحرم او الحل اه وفى البزازية بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز اه أطلقه فشمل ما اذا كانت الميتة مبيعا أو ثمنا والدم قال فى القاموس أصله دمى تثنيته دميان ودمان وجمعه دماء ودمى وقطعته دمة وهى لغة فى الدم وقد دمى كرضى دما وأدميته ودميته وهو دامى اه وأراد بالدم الدم المسفوح أما بيع الكبد والطحال فانه جائز وأراد بالميتة ما سوى السمك والجراد وأشار الى منع ما ليس بمال كبيع العذرة الخالصة ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به كذا فى السراج الوهاج (قوله والخنزير والخمر) أى فى حق المسلم للنهى عن بيعهما وقرنه بانهما وصرح فى الهداية بالفساد فيهما والوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض ومراده ما اذا كانا مبيعين قوبلا بعرض بيع مقايضة أما اذا قوبلا بالدراهم أو الدنانير فالبيع باطل حتى لو بيع أحدهما بعبد فقبضه البائع واعتقه نفذ عتقه ولو استحقه مستحق فالمشترى خصم له بخلاف بيعه بالميتة اذا أعتقه لم ينفذ واذا استحق فليس بخصم كما فى البناية والفرق ان الخمر مال فى الجملة فى شرع ثم أمر باهانتها فى شرع آخر بطريق النسخ وفى تملكها بالعقد مقصودا اعزازله بخلاف جعله ثمنا واعتبر فى بيع المقايضة الخمر ثمنا والعرض مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين بطريق الاعزاز للعرض فاعتبرناذكرها لا اعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة العرض لا الخمر ولا فرق بين دخول البائع على الثوب أو الخمر فى جعل الثوب هو المبيع كذا فى فتح القدير والحاصل ان بيع نفس الخمر باطل مطلقا وانما الكلام فيما قابله فان دينا كان باطلا أيضا وان عرضا كان فاسدا وجلد الميتة كالخمر فى رواية وكالميتة فى أخرى وفى القاموس الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام كالخمرة وقد تذكر والعموم أصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر اه قيد بالخمر لان بيع ما سواها من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف جائز عنده خلافا لهما كذا فى البدائع وقيدنا بالمسلم لان أهل الذمة لا يمنعون من بيعها ثم اختلفوا فقال بعضهم يباح الانتفاع بهما لهم شرعا كالخل والشاة فكان مالا فى حقهم وقال بعضهم هما حرامان عليهما الا ان الكفار مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا ولكن لا يمنعون من بيعهما لانهم يعتقدون الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كذا فى البدائع وأشار المؤلف الى ان الذميين اذا تبايعا خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فان البيع يفسخ لان التسليم والقبض حرام كالبيع بخلاف ما اذا كان الاسلام بعد القبض لان الموجود الدوام وهو لا ينافى ولو أقرض الذمى خمرا من ذمى ثم أسلم أحدهما فان أسلم المقرض سقطت الخمر لان اسلامه مانع من قبضها ولا شئ له من قيمتها على المستقرض لان العجز جاء من قبله وان أسلم المستقرض ففيه روايتان فى رواية كالاول

والخنزير والخمر

(قوله ولا ينعقد بيع صيد المحرم الخ) قال الرملى تقدم فى الحج فى الكلام على جزاء الصيد انه ان كان قد اصطاده وهو حلال ثم أحرم فباعه فان المشترى يضمن له قيمته وهو يقتضى فساد البيع وبه صرح فى النهر فعلم ان بيع صيد الحلال للمحرم فاسد سواء باعه وهو محرم أو حلال واذا أتلفه المحرم ضمن قيمته لصاحبه ومثله لله تعالى جزاء الصيد والله تعالى أعلم (قوله وفى البزازية بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز) قال فى النهر ومتروك التسمية

وفي أخرى وهو قول محمد تجب قيمتها كذا في البدائع وقيد بالخمر والخنزير لان بيع آلات اللهو كالبربط والطبل والمزمار والدف صحيح مكروه عند الامام وقالا لا ينعقد بيعها والصحيح قوله للانتفاع بها شرعا من وجه آخر وعلى هذا الاختلاف بيع النرد والشطرنج وعلى هذا الاختلاف الضمان على من أتلفها فعنده يضمن وعندهما لا كذا في البدائع ولكن الفتوى في الضمان على قولهما كما سيأتي في الغصب ومحله ما اذا كسرها غير القاضي والمحتسب أما هما فلا ضمان اتفاقا وقد ذكر في أول سير اليتيمة الفرق بين المتقوم والمعصوم اهـ (قوله والحر والمدبر وأم الولد والمكاتب) أي بيع هؤلاء غير جائز أي غير منعقد اما في الحر فلعدم المالية وأما المدبر وأم الولد فقد صرح في الهداية ببطلان بيعهما قال لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق العتق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد أي فانه يجوز بيعه اهـ ولو بيع المكاتب بغير رضاه فاجاز بيعه لا ينفذ في الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ كذا في الخانية وأورد عليه ان البيع فيهم لو كان باطلا لسرى البطلان الى المضموم الى واحد وسيأتي انه لو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد وباعهما صفقة فانه يجوز في القن ولو كانوا كالحر لم يجز فيما ضم أجيب انه مخصوص فجاز أن يكون بعض افراد الباطل لضعفه لا يسري حكمه الى ماضم اليه وفي بعض عبارات المشايخ ان بيعهم فاسد بدليل صحة المضموم وأورد عليه بانه لو كان فاسدا لملكوا بالقبض ولم يملكوا به اتفاقا وأجيب بانه مخصوص فهو من قبيل الفاسد الذي لا يملك به والحاصل انهم اتفقوا على انهم لا يملكون به وعلى عدم البطلان في المضموم اليهم فبقي ان بيعهم باطل أو فاسد ولا بد من التخصيص لكل منهما وتخصيص كلام الهداية أولى وفائدة القولين فيما قابلهم فباطل على ما في الهداية فلا يملك بالقبض وفاسد على قول القدوري والايضاح فيملك به هذا ما أفاده كلام الشارحين في هذا المحل وفي ايضاح الاصلاح ان بيع الثلاثة باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا في المكاتب وبالقضاء في الاخيرين لقيام المالية اهـ وهو ضعيف لانه لا بد في المكاتب من الرضا قبل البيع على الصحيح ونفاذ القضاء ببيع أم الولد ضعيف ففي قضاء البزازية الاظهر عدم النفاذ وصحح في فتح القدير النفاذ بقضاء القاضي وبيع معتق البعض كالحر وولد المدبر كهو وكذا ولد ام الولد والمكاتب كهما لدخول الولد في الكتابة كذا في السراج الوهاج (قوله فلو هلكوا عند المشتري لم يضمن) لبطلان البيع فكان أمانة لكونه مقبوضا باذن صاحبه وهو رواية عن الامام واختارها أحمد الطواويسي واختار شمس الائمة السرخسي وغيره الضمان بالمثل أو بالقيمة وقيل الاول قوله والثاني قولهما كذا في فتح القدير وفي القنية وفي السير انه يضمن لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب وهو الصحيح اهـ وذكر في أول سير اليتيمة مسئلة بيع الحر بني بنيه أو أباه هل هو باطل أو فاسد أطلقه فشمل جميع ما تقدم ولكن اذا مات المدبر وأم الولد عند المشتري فيه اختلاف فقال الامام لا ضمان وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لانه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان في البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب فانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهو الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما

والحر والمدبر وأم الولد والمكاتب فلو هلكوا عند المشتري لم يضمن

عامدا كالذي مات حتف أنفه حتى يسري الفساد الى ماضم اليه وكان ينبغي أن لا يسري لانه مجتهد فيه كالمدبر فينعقد فيه البيع بالقضاء وأجاب في الكافي بان حرمته منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ولا ينعقد بالقضاء ومن هنا قال البزازي بيع متروك التسمية عامدا من كافر لا يجوز وفيه كلام سيأتي في القضاء ان شاء الله تعالى

في البيع في حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا كذا في الهداية وظاهره انه لا ضمان ان هلك المكاتب في يد المشتري اتفاقا واليه يشير كلام العناية وفي المعراج ان الرواية عنه كقولهما انما هي في المدبر وأما أم الولد فغير مضمونة عنده باتفاق الروايات وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان ومشايخنا صححوا هذه الرواية وقدمنا في العتاق ان قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا وبه يفتى وان قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة فاذا احتيج الى تقويمهما باعتبار المضموم اليهما فالامر على ما ذكرنا وفي السراج الوهاج هنا ان قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على الاصح وعليه الفتوى وما ذكرناه من الافتاء بالنصف منقول في الفتاوى الصغرى وصرح به في البناية وفتح القدير هنا اعلم ان أم الولد تخالف المدبر في ثلاثة عشر حكما لا تضمن بالغصب ولا بالاعتاق ولا بالبيع ولا تسعى لغريم ولا تعتق من جميع المال واذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه وقيمتها الثلث ولا ينفذ القضاء بجواز بيعها وعليها العدة بموت السيد أو اعتاقه ويثبت نسب ولدها بلا دعوة ولا يصح تدبيرها ويصح استيلاد المدبرة ولا يملك الحربي بيع أم ولده ويملك بيع مدبره وصح استيلاد جارية ولده ولا يصح تدبيرها كذا في التلقيح (قوله والسمك قبل الصيد) أي لم يجز بيعه لكونه باع مالا يملكه فيكون باطلا أطلقه فشمل ما اذا كان في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لكونه غير مقدور التسليم فيكون فاسدا ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ بغير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك وروى الامام أحمد مرفوعا لا تشتروا السمك في الماء فانه غرور والحاصل ان عدم جوازه قبل أخذه لعدم ملكه له فان أخذه ثم ألقاه في حظيرة كبيرة فعدم جوازه لكونه غير مقدور التسليم فان سلمه بعد ذلك فكالروايتين في بيع الآبق اذا سلمه وان كانت صغيرة جاز وله خيار الرؤية بعد التسليم ولا اعتبار برؤيته في الماء واذا دخل السمك الحظيرة باحتياله ملكه وكان له بيعه على التفصيل وقيل لا مطلقا لعدم الاحراز والخلاف فيما اذا لم يهيئها له فان هيأها له ملكه اجماعا فان اجتمع بغير صنعه لم يملكه سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أولا وفي القاموس الحظيرة جرين التمر والمحيط بالشئ خشبا وقصبا اهـ وفسرها في البناية بالحوض والبركة أطلقه فشمل ما اذا باعه في نهر أو بحر أو أجمة وقد صرح الامام أبو يوسف في كتاب الخراج بمنعه اذا كان في الآجام وانه اذا كان يؤخذ باليد من غير أن يصاد فلا بأس ببيعه اهـ والاجمة الشجر الملتف والجمع أجم مثل قصبة وقصب والآجام جمع الجمع كذا في المصباح وفي فتح القدير فرع من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة فتعلق بها صيد ملكه فان كان نصبها لتجفيفها من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن يأخذه الا أن يأخذه فيجوز ومثله اذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك فلواحد أن يسبق ويأخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين الى آخره وسيأتي في باب متفرقات البيوع ان شاء الله تعالى وقد سئلت حين تاليف كتاب البيوع من هذا الشرح في سنة ثمان وستين وتسعمائة عن البحيرة بناحية

(قوله فصار كمال المشتري) قال في الفتح فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل لا يصح أصلا في شئ اهـ قلت فليحفظ هذه المسئلة فانها تقع كثيرا في نحو المال المشترك بين رجلين مثلا كدابة او دار فان أحدهما يبيع الكل لشريكه بصفقة واحدة وقد بحثت عنها كثيرا حتى وجدتها هنا (قوله جرين التمر) أجرن التمر جمعه فيه والجرن بالضم

والسمك قبل الصيد

جحر منقور يتوضأ منه واجترن اتخذ جرينا قاموس (قوله وقد سئلت حين تاليف كتاب البيوع الخ) قال في النهر واعلم ان في مصر بركا صغيرة كبركة الفهادة تجمع فيها الاسماك هل تجوز اجارتها لصيد السمك منها نقل في البحر عن الايضاح عدم جوازها ونقل أولا عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال كتبت الى عمر ابن الخطاب الخ وما في الايضاح بالقواعد الفقهية أليق اهـ قال الرملي أقول والذي علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقا سواء كان في بحر أو نهر أو أجمة وهو باطلاقه أعم من أن يكون في أرض بيت المال او أرض الوقف وما تقدم عن كتاب الخراج لابي يوسف غير بعيد أيضا عن القواعد ومرجعه الى اجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي الاصطياد وما جدت به أبو حنيفة عن حماد مشكل

فان المسئلة كثيرة الوقوع فيكثر السؤال عنها (قوله وهو الظاهر) أى ظاهر الرواية كما فى الشرنبلالية وعزاه الى البرهان (قوله ان كان داجنا) قال الرملى الداجن المربى فى البيت (قوله جاز بيعها) قال فى الفتح لان المعلوم عادة كالواقع وتجويز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض

والطير فى الهواء والحمل والنتاج

الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اه قال فى النهر وأقول فيه نظر لان من شرط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه ولذا لم يجز بيع الآبق اه وتعقبه بعض الفضلاء بان ما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه ان أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع والا لا يشترط حضور المبيع مجلس العقد ولا يقول به أحد وان أراد به القدرة حكما كما ذكره بعد هذا فنحن

كوم الشمس الجارية فى وقف الحالى اليوسفى أيجوز اجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها ففتشت ماعندى من الكتب فلم أرها الا فى كتاب الخراج لابى يوسف قال وحدثنا عبد الله بن على عن اسحق بن عبد الله عن أبى الزناد قال كتبت الى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فى بحيرة يجتمع فيها السمك بارض العراق أن نؤاجرها فكتب أن افعلوا قال وحدثنا أبو حنيفة عن حماد قال طلبت الى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب الى عمر بن عبد العزيز يساله عن بيع صيد الآجام فكتب اليه عمر انه لا باس به وسماه الحبس اه فعلى هذا لا يجوز بيع السمك فى الآجام الا اذا كان فى أرض بيت المال و يلحق به أرض الوقف لكن بعد مدة رأيت فى الايضاح عدم جواز اجارته (قوله والطير فى الهواء) أى لا يجوز لانه غير مملوك قبل الاخذ فيكون باطلا وكذا لو باعه بعد ما أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم فيكون فاسدا ولو سلمه بعده لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخى يعود وكذا عن الطحاوى أطلقه فشمل ما اذا جعل الطير مبيعا أو ثمنا وشمل ما اذا كان من عادته أنه يذهب ويجىء وهو الظاهر وفى فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له يطير ان كان داجنا يعود الى بيته و يقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول صاحب الهداية والحمام اذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانها مقدورة التسليم يوافقه وصرح به فى الذخيرة معزيا الى المنتقى وفى المعراج باع فرسا فى حظيرة فقال البائع سلمته اليك ففتح المشترى فذهب الفرس فان أمكنه أخذه بيده من غير عون كان تسليما والا فلا لانه لو مد يده لا يمكنه الاخذ اه وفى القاموس الطير جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيار والطيران محركة حركة ذى الجناح فى الهواء بجناحه اه والاكثر فيها التأنيث وقد تذكر كذا فى المصباح والهواء ممدودا المسخر بين السماء والارض والجمع أهوية والهواء أيضا الشئ الخالى والهوا مقصورا ميل النفس وانحرافها نحو الشئ ثم استعمل فى ميل مذموم يقال اتبع هواه وهو من أهل الاهواء كذا فى المصباح (قوله والحمل والنتاج) أى لا يجوز بيعهما والحمل بسكون الميم الجنين والنتاج حمل الحبلة والبيع فيهما باطل لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولما فيه من الغرر وفى مصنف عبد الرزاق نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة المضامين جمع مضمونة ما فى أصلاب الابل والملاقيح جمع ملقوح ما فى بطونها وقيل بالعكس وحبل الحبلة ولد ولد الناقة وفى البناية الحبل بفتح الباء الموحدة يطلق و يراد به المصدر و يراد به الاسم كما يقال له الحمل أيضا وأما دخول تاء التانيث فى الحبلة فانما هى للاشعار بالانوثة وقيل انها للمبالغة كما فى سخرة ويحتمل ان يكون جمع حابلة ففى المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة وروى بعض الفقهاء جاءت بكسر الميم ولم يثبت اه وفى تلخيص النهاية بفتح الحاء والباء وقد تسكن نتاج النتاج وهو يعم الدواب والناس وفى السراج الوهاج لا يجوز بيع الحمل وحده دون الام ولا الام دونه فلو باع الحمل و ولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز وكذا لا تجوز هبته وان سلم الى الموهوب له مع الام ولا يجوز كتابته ولو قبلت الام عنه ولا الكتابة عليه ولو تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل ولو صالح من قصاص عليه فالصلح صحيح و يسقط القصاص والتسمية فاسدة و يكون للمولى على القاتل الدية وان اعتق الحمل ان جاءت به بعد العتق لاقل من ستة أشهر عتق وان كانت لستة أشهر فصاعدا لا وتجوز الوصية به اذا ولدته لاقل من ستة أشهر

فيه كذلك لحكم العادة بعوده اه قلت وهو وجيه فهو نظير بيع العبد المرسل فى حاجة المولى فانه يجوز وعلله بانه مقدور التسليم وقت العقد حكما اذ الظاهر عوده ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشترى فى فسخ العقد كما سيأتى

والبن فى الضرع واللؤلؤ فى الصدف والصوف على ظهر الغنم والجذع فى السقف وذراع من ثوب

(قوله بخلاف القوائم) أى قوائم الخلاف كما يأتى (قوله ومنهم من أجازه للتعامل) قدم فى فصل ما يدخل تبعا عن البزازية اشترى أشجارا للقطع ولم يقطع حتى جاء الصيف ان أضر القطع بالارض وأصول الشجر يعطى البائع للمشترى قيمة شجر قائم جبرا وقال الصدر قيمة مقطوع وان لم يضر بواحد قطع وان اشترى الشجر مطلقا له القطع من الاصل اه وقدمنا عن الخانية ما ينبغى مراجعته وسيذكر المؤلف فى القولة الثانية عن المعراج اطلاق الجواز فى بيع

أشهر من وقت الوصية ولو خالعها على ما فى بطن جاريتها أو ما فى بطن بهيمتها جاز وللزوج الولد اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وان جاءت به لستة أشهر لا سبيل له عليها ولكن ينظر ان قالت اخلعنى على ما فى بطن جاريتى من ولد رجع عليها بالمهر وان لم تقل من ولد فلا شئ عليها ولو باع شاة على انها حاملة لم يجز لان الحمل مجهول ولو اشترى جارية على انها حاملة ان قصد به التبرى من العيب جاز وان قاله على وجه الشرط لم يجز ومنهم من قال بعدم الجواز فى الوجهين اذا شرط انها حامل بجارية أو بغلام أو بجدى أو بعناق وأما اذا لم يفسر الحمل جاز اه وقد كتبنا فى الفوائد الفقهية ما لا يجوز افراده بالعقد لا يجوز استثناؤه وما يجوز دون أمه فليراجع (قوله واللبن فى الضرع) أى لا يجوز بيعه للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره وفى المصباح الضرع لذات الظلف كالثدى للمرأة والجمع ضروع مثل فلس وفلوس (قوله واللؤلؤ فى الصدف) للغرر وهو مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبى يوسف الجواز لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قيد به لانه لو باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها جاز لكونها معلومة وتعلم بالقبض وفى السراج الوهاج لو اشترى دجاجة فوجد فى بطنها لؤلؤة فهى للبائع ولو باع كرش شاة مذبوحة لم تسلخ جاز واخراجه على البائع والمشترى بالخيار اذا رآه واللؤلؤ الدر واحده بهاء كذا فى القاموس والصدف محركة غشاء الدر الواحدة بهاء والجمع أصداف منه أيضا (قوله والصوف على ظهر الغنم) لانه من أوصاف الحيوان ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزداد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع فى الصوف متعين فيقع التنازع فى موضع القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن فى الضرع وسمن فى لبن وهو حجة على أبى يوسف فى تجويز بيع الصوف فى رواية عنه كذا فى الهداية وصحح الامام الفضلى عدم جواز بيع قوائم الخلاف لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها المشترى لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هى خلافية منهم من منعها اذ لا بد فى القطع من حفر الارض ومنهم من اجازه للتعامل بخلاف القصيل لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما فى الارض وأشار المصنف الى ان كل ما بيع فى غلافه فلا يجوز كاللبن فى الضرع واللحم فى الشاة الحية أو شحمها أو أليتها أو أكارعها وجلودها أو دقيق فى هذه الحنطة أو سمن فى هذا اللبن ونحوهما مما لا يمكن تسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب فى قشرها مستثناة من ذلك لما أسلفناه وكذا بيع الذهب والفضة فى ترابهما بخلاف جنسهما كذا فى فتح القدير وفى السراج الوهاج لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم يجز أيضا ولا ينقلب صحيحا اه وفى البناية معزيا الى الصغرى وبيع الكرات يجوز وان كان ينمو من أسفله اه والخلاف وزان كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافة ونصوا على تخفيف اللام وزاد الصغانى وتشديدها من لحن العوام قال الدينورى زعموا انه سمى خلافا لان الماء أتى به سبيا فنبت مخالفا لاصله ويحكى أن بعض الملوك مر بحائط فرأى شجرة الخلاف فقال لوزيره ما هذا الشجر فكره الوزير أن يقول شجر الخلاف لنفور النفس عن لفظه فسماه باسم ضده فقال شجر الوفاق فاعظمه الملك لنباهته ولا يكاد يوجد فى البادية اه (قوله والجذع فى السقف وذراع من ثوب) لانه لا يمكنه تسليمه الا بضرر أطلقه وهو محمول على ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوى فى آجر من حائط

أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع فى الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به أما ما لا يتعيب فيه فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وأشار المصنف الى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر فى تسليم ذلك ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لانه انما التزم العقد ولا ضرر فيه ويرد عليه بيع الجباب التى لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأجيب بان المتعيب الجدران دون الجباب وهذا يفيد ان المنظور اليه فى المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد أنه تعيب غير المبيع وهو الظاهر كذا فى فتح القدير فلو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل فسخ المشترى عاد صحيحا لزوال المفسد وذكر فى المجتبى فيه أقوالا فقيل لم يجبر على القبول الا أن يقبل برضاه وقيل لم يجز الا بتجديد البيع وقيل ينعقد تعاطيا عند أخذه وقيل ينعقد من الاصل بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ حيث لا يصح وان شقهما وأخرج المبيع لان فى وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجودة وبخلاف الصوف فانه لا ينقلب صحيحا بالتسليم وقيد بذراع من ثوب لانه لو باع عشرة دراهم من نقرة فضة جاز لانه لا ضرر فى تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا كما فى الهداية وخرج أيضا ما لا ضرر فى تسليمه كبيع نخل أو شجر على أن يقطعه المشترى أو زرعا على أن يحصده كذا فى المعراج وأطلقه أيضا فشمل ما اذا باع ذراعا وعين الجانب فلا يجوز أيضا كما فى المعراج وفى المجتبى وفى جواز بيع التبن قبل أن يداس والارز الابيض قبل الدق والحنطة قبل الدرس وحب القطن فى قطن بعينه ونوى تمر فى تمر بعينه فيه روايتان اهـ (قوله وضربة القانص) أى لم يجز بيع ما يخرج من ضربة القانص وهو بالقاف والنون الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال فى تهذيب الازهرى نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص تقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا ولجهالة ما يخرج كذا فى فتح القدير وصحح فى البناية رواية الغائص بالغين وذكر ان القانص من قنص يقنص قنصا اذا صاد من باب ضرب يضرب يعنى ان الغائص كما فى الصحاح له استعمالان بمعنى النازل تحت الماء وبمعنى الهاجم على الشئ وفى الصحاح ان القنص بالتحريك الصيد وبالتسكين مصدر قنصه صاده ولم يذكر فى القاموس سوى اقتنصه اصطاده كتقنصه ذكره فى الصاد مع القاف وذكر مع الغين الغوص والغاص والغياصة والغياص الدخول تحت الماء والمغاص موضعه وأعلى الساق وغاص على الامر علمه والغواص من يغوص فى البحر على اللؤلؤ اهـ وفى المصباح غاص من باب قال فهو غائص والجمع غاصة مثل قائف وقافة وغواص مبالغة (قوله والمزابنة) هو بالجر فى الكل عطفا على الميتة أى لم يجز بيع المزابنة لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع المزابنة والمحاقلة أما المزابنة فقال فى الفائق بيع الثمر فى رؤس النخل بالتمر لانها تؤدى الى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع والمحاقلة من الحقل وهو القراح من الارض وهى الطيبة التربة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزرع ومنه حقل يحقل اذا زرع والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهى المزارعة بالثلث أو الربع وغيرهما وقيل هى اكتراء الارض بالبر وقيل بيع الطعام فى سنبله بالبر وقيل بيع الزرع قبل ادراكه وفى رواية ورخص فى العرايا قال العرية النخلة التى يعريها الرجل محتاجا أى يجعل له ثمرتها فرخص للمعرى أن يبتاع ثمرتها من المعرى بتمر لموضع حاجته سميت عرية لانه اذا وهب

ثمرتها

وضربة القانص والمزابنة

النخل والشجر على أن يقطعه المشترى وقال فى النهر وفى الصغرى القياس فى بيع القوائم أن لا يجوز ولكن جاز للتعامل وبيع الكراث وان كان ينمو من أسفله يجوز للتعامل أيضا وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلى على المنع فى القوائم (قوله وفى المجتبى وفى جواز بيع التبن الخ) قال فى النهر وجزم الولوالجى فى بيع حب القطن بالجواز والاوجه فى بيع نوى التمر ولو تمرا بعينه الفساد (قوله ان يبتاع ثمرتها من المعرى بتمر) الاول بالثاء المثلثة والمراد به الرطب والثانى بالتاء المثناة

ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منها ثم اشتق منها الاعراء اه واقتصر في الهداية في تفسير
المحاقلة على القول الثالث وجوز الشافعي بيع المزابنة فيما دون خمسة أوسق لنهيه عن المزابنة
ورخص في العرايا وهي ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق وأجاب أصحابنا بان العرية
العطية لغة وتأويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه
لا يملكه فيكون برا مبتدأ كذا في الهداية وأصحابنا خرجوا عن الظاهر من ثلاثة أوجه الاول
اطلاق البيع على الهبة الثاني قوله رخص يخالف ما قرروه وجوابه انه رخصة في الوفاء بالوعد
والعزيمة ان يفي بالموعود فاعطى غيره مع كونه ليس باخلاف للوعد رخصة الثالث التقييد بما
دون خمسة أوسق فائدة وعلى مذهبنا لا فائدة له وجوابه لان الواقعة في القليل ومن مشايخنا من
ادعى ان الترخيص في بيع العرايا منسوخ بالنهي عن بيع العرايا ومنهم من قال تعارض المحرم
والمبيح فقدم المحرم وهو مردود بان الرخصة متصلة بالنهي فلا يصح القول بنسخ الترخيص للاتصال
وقد ثبت في البخاري انه نهى عن بيع المزابنة ثم رخص بعد ذلك في بيع العرايا فبطل القول
بالنسخ والله الموفق والخرص الحزر وكذا لا يجوز بيع العنب بالزبيب ومعنى النهي انه مال
الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل كما لو كانا موضوعين على الارض ثم اعلم ان تعريف المزابنة بانها
بيع الثمر بالتمر خلاف التحقيق والاولى أن يقال بيع الرطب بتمر الى آخره لان الثمر بالمثلثة
حمل الشجر رطبا أو غيره واذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس ولو كان الرطب على الارض كالتمر
لم يجز بيعه متساويا عند العلماء الا أبا حنيفة لما سيأتي في باب الربا (قوله والملامسة والقاء الحجر)
ومثلها المنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية فنهى عنها وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة
أي يتساوما فاذا لمسها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع رضي
البائع أو لم يرض والاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر ولان فيه تعليقا
بالخطر ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن (قوله وثوب من ثوبين) لجهالة
المبيع وتقدم في خيار الشرط انه اذا جعل للمشتري خيار التعيين جاز فيما دون الثلاثة فلذا
أطلقه هنا وفي المعراج وكذا عبد من عبدين لا يجوز ولا خلاف فيه لاحد حتى لو قبضهما وماتا معا
يضمن نصف قيمة كل واحد منهما الا ان أحدهما مضمون بالقيمة لانه مقبوض بحكم البيع الفاسد
والآخر أمانة وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت الامانة والضمان ولهذا لو كان البيع
صحيحا بان كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد والفاسد معتبر بالصحيح والقيمة هنا
كالثمن ثمة ولو ماتا مرتبين ضمن قيمة الاول لانه تعين مضمونا لتعذر الرد فيه ولو حررهما معا عتق
أحدهما لانه ملك أحدهما بالقبض وان حرر أحدهما لم يصح أي لو قال البائع أو المشتري أحدهما
حر ولو قالا معا تعاقبا عتقا لان كل واحد أعتق ملكه وملك غيره فيصح في ملكه والبيان الى المشتري
لان من نفذ فيه عتقه مضمون بالقيمة والقول في المضمون قول الضامن ولو قبض أحدهما باذن
البائع فهلك غرم قيمته اه وقيد بالقيمي اذ بيع المبهم في المثلي جائز قال في التلخيص من باب بيع
المبهم لو اشترى أحد عبدين أو ثوبين فسد لجهل يورث نزاعا ضد المثلي فلو قبضهما ملك أحدهما
والآخر أمانة وفاء بالعهد الى آخره (قوله والمراعي واجارتها) أي لا يجوز بيع الكلأ واجارته
اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث الناس شركاء في ثلاث في الماء
والكلأ والنار وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين

والملامسة والقاء الحجر وثوب من ثوبين والمراعي واجارتها

(قوله ولان فيه تعليقا بالخطر) فانه في معنى اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو اذا نبذته أو لمسته كذا في الفتح (قوله ولا بد في هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن) أي ليكون علة الفساد ما ذكر والا كان الفساد لعدم ذكر الثمن ان سكتا عنه لما سيأتي ان البيع مع نفي الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد أو لتحقق هذه البيوع فانه ذكر في تعريفها ان يتساوما سلعة وقد قال في الفتح التساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها اه فظهر ان ما قيل فائدة التقييد انه ان لم يسبق ذكر الثمن فالبيع باطل غير ظاهر تامل (قوله جاز فيما دون الثلاثة) كذا في النسخ وصوابه فيما دون الاربعة

(قوله ومنه لو حدق) أي حوط رملي (قوله لقائل ان يقول ينبغي الخ) قال في النهر وأقول يمكن ان يفرق بينهما بان شق الكلأ كان سببا في انباته فنبت بخلاف الماء فانه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر اهـ وقال الرملي أصح القولين عند الشافعي انه يملكه سواء حفرها في أرض موات أو ملك وعندنا لا يملكه فيهما وأقول المنقول أن صاحب البئر لا يملك الماء وقدمه هذا الشارح في كتاب الطهارة في شرح قوله وانتفاخ حيوان وتفسخه عن الولوالجية فراجعه وهذا ما دام في البئر أما اذا أخرجه منها بالاحتيال كما في السواقي التي ببلادنا فلا شك في ملكه له بذلك لحيازته له في الكيزان التي نسميها القواديس أو لاثم صبه في البرك بعد حيازته تأمل وأقول البئر في كلام الفقهاء غالبا المعين وأما غيره فيقال فيه صهريج وجب ونحو ذلك وقد يطلق على غير المعين والذي يجب التعويل عليه في الماء ان يقال بالحيازة يملك فيضمن وعلى هذا يجب ان يملك في الصهاريج المتخذة في البيوت للحيازة قطعا

والنحل

لانها بمنزلة الحباب وقد أفتيت به ولا يخالفه ما في الولوالجية من قوله ولو نزح ماء بئر رجل بغير اذنه حتى يبست لا شئ عليه لان صاحب البئر غير مالك للماء ولو صب ماء رجل كان في الحب يقال له املأ الماء لان صاحب الحب مالك للماء وهو من ذوات الامثال فيضمن مثله اهـ لان كلامه في البئر المعين وأما الصهاريج التي توضع لاحراز الماء في الدور فلا شك في ان ماءها يصير مملوكا لاصحابها بمنزلة الحباب والاواني فتأمل وصورة ما رفع الي من بيت المقدس فيما اذا استأجر دارا للسكن في بيوتها وفي الدار صهريج معد لجمع ماء الاشتية وفيه ماء قبل الاجارة فهل هذا الماء ملك المؤجر ليس للمستأجر فيه الا ما أباحه المؤجر فاجبت نعم الصهاريج التي في الدور المعدة لجمع ماء الاشتية الموضوعة لاحراز الماء يملك ماؤها وهي بمنزلة الحباب كما هو مستفاد من تعليلهم في مسئلة الانهار المملوكة والآبار والحياض بقولهم لانها لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز وأنت على يقين بان الصهاريج التي في الدور انما

مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى وفي المصباح والرعي بالكسر والمرعى بمعنى وهو ما ترعاه الدواب والجمع المراعي اهـ قيد بالمراعي بمعنى الكلأ لان بيع رقبة الارض واجارتها جائزان ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلي بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلأ ان له احتشاشه وان كان في أرض مملوكة غير ان لصاحب الارض أن يمنع من الدخول في أرضه واذا منع فلغيره أن يقول ان لي في أرضك حقا فاما أن توصلني اليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما أن يأذن المالك في دخوله ليأخذه واما أن يخرجه اليه أما اذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه ملكه بذلك وظاهر ان هذا اذا نبت بنفسه فاما اذا كان سقى الارض وأعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة فيحمل كلام المصنف على ما اذا لم يعدها للانبات ومنه لو حدق حول أرضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له والقدوري منع بيعه وان ساق الماء الى أرضه ولحقه مؤنة لبقاء الشركة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة لكن الاكثر على الاول الا ان على هذا القائل أن يقول ينبغي ان حاز البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة له كذا في فتح القدير وسيأتي ان شاء الله تعالى بقية الكلام عليه في كتاب الشرب والحيلة في جواز اجارته ان يستاجرها أرضا لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرضهما ويدخل في الكلأ جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلأ ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه حتى يجوز بيعها اذا نبتت في أرضه لكونها ملكه والكمأة كالكلأ وفي القاموس الكمء نبات والكمأة للواحد والكمء للجمع أو هي تكون واحدة وجمعا اهـ (قوله والنحل) أي لم يجز بيعه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو معنى ما في الذخيرة اذا كان مجموعا لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج أطلقه فشمل ما اذا كان بيع تبعا للكوارات وفيها عسل وهو قول الكرخي وذكر

وضعت للاحراز فليس للمستاجر الا ما أباحه المؤجر (قوله فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة) قال في النهر واعلم انه يحتاج على قول الامام الى الفرق بين النحل والدود حيث أجاز بيعه تبعا دون الدود ولا اشكال على ما روى عن الكرخي انه لا يجوز في النحل

وذكر القدوري ان بيعه تبعا للكوارة فيها عسل جائز وأنكره الكرخي وقال انما يدخل الشئ في البيع تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية وأجيب عنه بان التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الموجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم كذا في فتح القدير وفي المصباح كوارة النحل بالضم والتخفيف والتثقيل لغة عسلها في الشمع وقيل بيتها اذا كان فيه العسل وقيل هو الخلية وكسر الكاف مع التخفيف لغة اهـ وسيأتي ان الفتوى على قول محمد (قوله ويباع دود القز وبيضه) أما الدود فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة لانه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به وأما بيضه فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده وانما اختار المؤلف قول محمد في الدود والبيض لكونه المفتى به ولكن يرد عليه ان الفتوى على قول محمد أيضا في بيع النحل كما في الذخيرة والخلاصة فلم اختار قوله في الدود دون النحل بلا مرجح ولعله لم يطلع على ان الفتوى على قوله فيهما وفي المصباح القز معرب قال الليث هو ما يعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم القز والابريسم مثل الحنطة والدقيق اهـ وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها والجمع خزان مثل صرد وصردان منه أيضا قيد بالنحل والدود لان ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقا ولا يجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك ولكن في الذخيرة اذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس اليه لتمول الناس له وفي المصباح العلق شئ أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الابل عند الشرب اهـ وقيد بالبيع لانه لو كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز عند محمد وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الاوراق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف كذا في فتح القدير ومحلها كتاب الاجارات ولم يذكر المؤلف بيع الحمام وذكره في الهداية فقال والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم وفي الذخيرة اذا باع برج حمام مع الحمام فان باع ليلا جاز لان في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج ويمكن أخذه منه من غير الاحتيال فيكون بائعا ما يقدر على تسليمه وفي النهار يكون بعضه خارج البيت فلا يمكن أخذه الا بالاحتيال فلا يجوز اهـ (قوله والآبق) أي لم يجز بيع الآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم

تبعا (قوله ولعله لم يطلع على ان الفتوى على قوله فيهما) استبعده في النهر واعتذر عن المصنف بقوله وكانه لقوة المدرك في النحل وكذا استبعده الرملي ثم قال وانما الجواب عنه انه رجح بما قام عنده دليل اختيار قولهما في النحل وقول محمد في دود القز وبيضه ويفرق بينهما بفارق يلوح من قول بعضهم يجوز بيعه ليلا

ويباع دود القز وبيضه والآبق

ولا يجوز بيعه نهارا لانه يكون مجتمعا حالة الليل متفرقا حالة النهار في المراعي (قوله ولكن في الذخيرة اذا اشترى العلق الخ) انظر هل يقال مثله في بيع الدودة وهي القرمز التي يصبغ بها بناء على ما اشتهر من ان أصلها دود له روح يخنق بالكاس وبالخل ومقتضى التعليل الجواز فانها كثيرة الاحتياج بين الناس ولها مداخل كثيرة عند أرباب الصنائع وهي من أنفس الاموال عندهم وقد أجاز وابيع السرقين تامل (قوله فان باع ليلا جاز الخ) ألغز فيه الشيخ رمضان العطيفي فقال على هامش نسخته المكتوبة بخطه يا اماما في فقه نعمان أضحى * حائز السبق مفرد الايجاري أي بيت يجوز بيعك ايا * ه بليل ولا يجوز نهارا اهـ قال الرملي وتقدم في شرح قوله والطير في الهواء انه اذا علم عوده وأمكن تسليمه يجوز ولم يفرق بينهما اذا كان بالنهار فراجعه

عنه ولانه لايقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد من الاباق لايتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير فى الهواء وعن أبى حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا روى عن محمد كذا فى الهداية والاول ظاهر الرواية وبه كان يفتى أبو عبد الله البلخى كما فى الذخيرة وأولوا تلك الرواية بان المراد بها انعقاد البيع بالتعاطى الآن أطلقه فشمل ما اذا باعه لابنه الصغير فانه لايجوز وكذا اليتيم فى حجره بخلاف ما اذا وهبه له فانه يجوز والفرق ان شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا القبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير لانه لو عاد عاد الى ملك الصغير هكذا فى فتح القدير والتبيين وفى فتاوى قاضيخان من الهبة خلافه قال ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير لايجوز وان باعه جاز اهـ فقد عكس الحكم على ما نقله الشارحون ولم أر أحدا منهم نبه على هذا والحق ما ذكره القاضى لما فى المعراج ولو باع الآبق من ابنه الصغير لايجوز ولو وهبه له أو ليتيم فى حجره يجوز لان ما بقى له من اليد فى الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع اهـ وأما صاحب الذخيرة فذكر فى البيوع ان الاب لو باع العبد المرسل فى حاجته لابنه الصغير جاز ولم يذكره فى الآبق وذكر فى كتاب الهبة لو وهب عبد اله آبقا من ابنه الصغير فما دام مترددا فى دار الاسلام تجوز الهبة ويصير الاب قابضا لابنه بنفس الهبة ذكر هذه المسئلة فى الجامع وفى المنتقى عن أبى يوسف لو تصدق بعبد أبق له على ابنه الصغير لايجوز وروى المعلى عنه انه يجوز فحصل عن أبى يوسف فى المسئلة روايتان اهـ وشمل كلامه أيضا ما اذا باعه بعد ما أبق من يد الغاصب مع انه جائز منه لما فى الذخيرة واذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب ثم ان المالك باع العبد من الغاصب وهو آبق بعد فالبيع جائز والاصل ان الاباق انما يمنع جواز البيع اذا كان التسليم محتاجا اليه بان أبق من يد المالك ثم باعه المالك فاما اذا لم يكن التسليم محتاجا اليه كما فى مسئلتنا يجوز البيع اهـ وقيد بالآبق لان العبد المرسل فى حاجة المولى يجوز بيعه ولو باعه وليس بآبق ثم أبق قبل القبض فان المشترى بالخيار فى فسخ ذلك العقد ولا يكون للبائع أن يطالب المشترى بالثمن مالم يحضر العبد اهـ وجعل الراد على البائع كما فى القنية وخرج أيضا بيع المغصوب فقد ذكر محمد فى الاصل انه موقوف ان أقر به الغاصب تم البيع ولزم وان جحده وكان للمغصوب منه بينة عادلة فكذلك الجواب وان لم يكن له بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع وبعض مشايخنا قالوا قول محمد فى الكتاب وان لم يكن للمغصوب منه بينة ولم يسلمه حتى هلك انتقض البيع بظاهره غير صحيح وينبغى أن لاينتقض البيع لان البيع وان فات فقد أخلف بدلا والمبيع اذا فات وأخلف بدلا لاينتقض البيع الا أن يختار المشترى النقض فكان تاويل قول محمد انتقض البيع اذا اختار المشترى وبعضهم قالوا انه بظاهره صحيح وينتقض البيع من غير اختيار المشترى الى آخر ما فى الذخيرة وقيد ببيعه لان هبته جائزة كما قدمناه عن المعراج وأما اعتاقه فجائز لكن ان أعتقه عن كفارة عليه فانه لايجوز حتى تعلم حياته كما فى المعراج ويصح جعله بدل خلع كما قدمناه فى بابه عند قوله ولو اختلعت على عبد أبق لها على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وأما جعله بدل صلح ٧ (قوله الا أن يبيعه ممن يزعم انه عنده) فيجوز البيع لان المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا فى حقهما وهذا غير آبق فى حق المشترى ولانه اذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ولم يذكر المصنف

انه

الا أن يبيعه ممن يزعم انه عنده

(قوله وأولوا تلك الرواية الخ) هذا أيضا ينافى ما قدمه أول كتاب البيوع من التعاطى لاينعقد بعد بيع باطل أو فاسد مالم يفسخ العقد الاول (قوله وفى فتاوى قاضيخان من الهبة خلافه) قال فى النهر ووقع فى الخانية فى بعض النسخ عكس هذا الحكم وفى بعضها كما ذكرنا وهى المعول عليها وكان الاولى تحريف ولم يطلع صاحب البحر على الثانية فجزم بالاولى اهـ وانظر ما وجه جزمه بالاول وأظن انه سبق قلم بدليل استشهاده بعبارة المعراج (قوله والحق ما ذكره القاضى) أى قاضيخان والظاهر ان فى العبارة سقطا من الكاتب والاصل والحق خلاف ما ذكره القاضى لان ما نقله عن المعراج مخالف لما ذكره القاضى

٧ هنا بياض بالاصل

انه يكتفي بقبضه عن قبض المبيع للتفصيل قالوا ان كان أشهد وقت أخذه انه أخذه ليرده على مالكه كان أمانة في يده فلا ينوب عن قبض البيع فلو هلك قبل أن يصل الى سيده لم يضمنه فينفسخ البيع ويرجع على سيده بالثمن ولو كان لم يشهد صار قابضا لانه قبض غصب هكذا اقتصر الشارحون هنا وذكر في الذخيرة اذا اشترى ماهو أمانة في يده من وديعة أو عارية فانه لا يكون قابضا الا اذا ذهب المودع أو المستعير الى العين وانتهى الى مكان يتمكن من قبضه الآن يصير المشتري قابضا بالتخلية فاذا هلك بعد ذلك يهلك من مال المشتري فان فعل المشتري في فصل الوديعة والعارية مايكون قبضا ثم أراد البائع أن يحبسها بالثمن لم يكن له ذلك لانه لما باعه منه مع علمه ان المبيع في يد المشتري وهو يتمكن من القبض يصير راضيا بقبض المشتري دلالة اه وقيد ببيعه ممن يزعم انه عنده لانه لو باعه من رجل يزعم انه عند آخر فانه لا يصح ولكنه فاسد اذا قبضه المشتري ملكه بخلاف بيع الآبق فانه باطل فلذا كتبنا في الفوائد الفقهية ان بيع الآبق يكون باطلا وفاسدا وصحيحا (قوله ولبن امرأة) بالجر أي لم يجز بيع لبن المرأة لانه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع أطلقه فشمل لبن الحرة والامة وهو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف يجوز بيع لبن الامة لجواز ايراد البيع على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهي الحي ولا حياة في اللبن فلا يكون محلا للعتق ولا للرق فكذا البيع فشمل ما اذا كان في اناء أولا والاولى أن يقيد مراده بما اذا كان في وعاء كما قيده في الهداية لان حكم اللبن في الضرع قد تقدم وأشار المصنف الى انه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال والى انه لا يحل به التداوي في العين الرمداء وفيه قولان فقيل بالمنع وقيل بالجواز اذا علم فيه الشفاء هكذا نقله في فتح القدير هنا وقال في موضع آخر وأهل الطب يثبتون نفعا للبن البنت للعين وهذه من افراد مسئلة الانتفاع بالمحرم للتداوي كالخمر واختار في الخانية والنهاية الجواز اذا علم ان فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره وسيأتي ان شاء الله تعالى تمامه في الحظر والاباحة وقيد بلبن المرأة لانه يجوز بيع لبن الانعام قال الامام الرباني محمد بن الحسن الشيباني جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها وجواز بيع لبن الانعام دليل على فساد اجارتها (قوله وشعر الخنزير) أي لم يجز بيعه اهانة له لكونه نجس العين كاصله فالبيع هنا لو جاز لكان اكراما وفي الخمر والخنزير كذلك لو جاز لكان اعزازا وقد أمرنا بالاهانة وفي لبن المرأة لو جاز لكان اهانة لها وقد أمرنا باعزاز الآدمي فالفعل الواحد وهو البيع هنا يجوز أن يكون اعزازا بالنسبة الى محل واهانة بالنسبة الى آخر مثلا اذا أمر السلطان بعض الغلمان بالوقوف عند الفرس بحضرته كان اعزازا له ولو أمر القاضي بذلك لكان اهانة له وحاصله ان جواز بيع المهان اعزاز له وجواز بيع المكرم اهانة له (قوله وينتفع به) أي يجوز الانتفاع بشعر الخنزير دفعا لما يتوهم من منع بيعه ولكنه مقيد بالخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباحا فلا حاجة الى القول بجواز بيعه وشرائه حتى لو لم يوجد لم يكره شراؤه للاساكفة للحاجة وكره بيعه لعدمها كما أفتى به الفقيه أبو الليث وظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بان أمكن الخرز بغيره ولذا قيل لا ضرورة الى الخرز به لامكانه بغيره وكان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ولذا روى عن أبي يوسف كراهة الانتفاع به الا أن يقال ان امكان الخرز بغيره وان وقع لفرد بسبب تحمله مشقة في خاصة نفسه لا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله وحيث كان جواز الانتفاع به للضرورة

ولبن امرأة وشعر الخنزير وينتفع به

(قوله كما قيده في الهداية) أي حيث قال في قدح قال في النهر وهذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله كيلا يظن ان امتناع بيعه مادام في الضرع لغيره كذا في الفتح وقال في الحواشي السعدية وهذا بعيد جدا بعد ما تقدم ان بيع اللبن في الضرع لا يجوز اه وبيانه ان امتناع بيعه في الضرع قد علم مما مر فذكر منع بيع لبن المرأة بعده نص في المنع بعد الانفصال فلا حاجة الى التقييد به وبه اندفع ما في البحر من ان ذكره أولى لان حكم اللبن في الضرع قد تقدم على انا لا نسلم انه مستفاد مما تقدم بما قدمناه من ان الضرع خاص بذوات الاربع كالثدي للمرأة وحينئذ فانما أطلقه المصنف ليعم ماقبل الانفصال ومابعده (قوله ولكنه مقيد بالخرز للضرورة) هذا بناء على قول أبي يوسف بنجاسته اما على قول محمد الآتي من انه طاهر فلا يتقيد الانتفاع به بالخرز ولا بالضرورة قال الزيلعي

في تعليل عدم افساده الماء اذا وقع فيه لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته اهـ وهذا يقتضي جواز بيعه عند محمد أيضا ولذا قال في النهر و ينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد (قوله لان المال ما يمكن احرازه الخ) قال الرملي عبارة الزيلعي ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه (قوله ولهذا يضمن بالاتلاف) قال الرملي وفي شرح المجمع لابن ملك لا يضمن بالاتلاف فراجعه والظاهر ان ما هنا مخرج على غير ظاهر الرواية اهـ قلت قال في النهر بعد نقل ما ذكره المؤلف عن الزيلعي وأما تضمينه بالاتلاف بالمعنى الذي ذكره الشارح فهو احدى الروايتين

والاصل ان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها أفتى الامام أبو يوسف بنجاسته فينجس الماء القليل اذا وقع فيه وطهره محمد لان جواز الانتفاع به دليلها والصحيح قول أبي يوسف لما قدمناه وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم فهو مخرج على قول محمد بطهارته وأما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه لان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله وشعر الانسان والانتفاع به) أي لم يجز بيعه والانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن كذا في الهداية وصرح في فتح القدير بان الآدمي مكرم وان كان كافرا والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها باذنها ورضاها ولعن في الحديث النامصة والمتنمصة والنامصة هي التي تنقص الحاجب لتزينه والمتنمصة هي التي يفعل بها ذلك (قوله وجلد الميتة قبل الدبغ) أي لم يجز بيعه لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ فيكون نجس العين بخلاف الثوب والدهن المتنجس فانها عارضة قيد بما قبل الدبغ لانه لو باعه بعده جاز لحل الانتفاع للطهارة ولذا قال (وبعده يباع وينتفع به) وقيد بالميتة لان جلد المذكاة يجوز بيعه قبل الدباغة ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدبغ فيجوز بيعها والانتفاع بها ما عدا الأكل لطهارتها بالذكاة الا جلد الخنزير (قوله كعظم الميتة وصوفها وعصبها وقرنها ووبرها) أي يجوز بيعها والانتفاع بها لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به ويجوز بيع القرد على المختار (قوله وعلو سقط) أي لم يجز بيع علو بعد انهدامه لان الباقي بعد سقوطه حق التعلي وهو ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل المبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن وسيأتي تمامه في الشرب ان شاء الله تعالى وقيد بسقوطه لان بيعه قبل سقوطه جائز كما في فتح القدير لان المبيع البناء فعلى هذا يجوز بيع سقف البيت قبل نقضه كما يجوز بيع البناء قبل هدمه لكن في عمدة الفتاوى لا يجوز بيع بناء الوقف قبل هدمه ولا الاشجار الموقوفة المثمرة قبل قلعها بخلاف غير المثمرة اهـ وأشار المصنف الى أن العلو لو سقط قبل القبض فان البيع يبطل كهلاك المبيع قبل القبض كما في فتح القدير والعلو خلاف السفل بضم العين وكسرها كذا في المصباح ولم يذكر المصنف بيع الطريق والمسيل وفي الهداية وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان المراد الاول فوجه الفرق بين المسئلتين

وشعر الانسان والانتفاع به وجلد الميتة قبل الدباغ وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها وعلو سقط

والفتوى على انه لا يضمن كما في الذخيرة وفي الظهيرية وهو الاصح وعن الشيخ جلال الدين ابن صاحب الهداية انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا اشهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه للاول لان الماء مشترك بين الناس ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد كذا في الفتح (قوله ان قيد بسقوطه الخ) قال في الفتح فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض اهـ وفي الخانية رجل له علو وسفل فقال لرجل بعت منك علو هذا السفل بكذا جاز البيع و يكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري

ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما أما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على أحدهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق وأما المسيل على السطح فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان اه (قوله وأمة تبين انه عبد وكذا عكسه) أي لم يجز بيع أمة ظهر انه عبد وعكسه وهو بيع عبد تبين انه جارية بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما كذا في الهداية والاصل المذكور لمحمد رحمه الله تعالى متفق عليه هنا ويجري في سائر العقود من النكاح والاجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال والبيع في مسئلة الكتاب باطل لعدم المبيع وبه ظهر ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان فقها وان اتحدا جنسا في المنطق لانه الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل والجنس في الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت الغرض منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتي والوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنه بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد أصلهما هكذا ذكر صاحب الهداية عن المشايخ قال في فتح القدير ومن المختلفي الجنس ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب هكذا ذكر المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز وكان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة التي ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود أنقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما لا يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فانه يفيد ان حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف اه وقد ظهر من كلامهم أن من اشترى فصوصا ثم اختلفا قال المشتري شرطت لي ياقوتا وأنكره البائع انه ان كان ما ظهر من خلاف جنس الياقوت تحالفا وفسخ البيع لان الاختلاف في جنس المبيع وان كان ما ظهر من جنسه وانما الفائت الوصف فان كان المبيع بمرأى من عين المشتري وقت البيع فلا خيار له ولو أقر البائع بالشرط لما قدمناه عن قاضيخان في شرح اشتراط الخبز والكتابة قبيل باب خيار الرؤية والا فالقول للبائع لان الاختلاف في اشتراط وصف كالاختلاف في اشتراط الخبز ولذا صورها في الفتح بما اذا اشتراه ليلا

وأمة تبين انه عبد وكذا عكسه

حق القرار وكذا لو انهدم هذا العلو كان للمشتري أن يبني عليه علوا آخر مثل الاول لان السفل اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفل سقفا للسفل اه فتأمله مع قول المؤلف لان المبيع البناء (قوله كذا ذكر المصنف) أي صاحب الهداية (قوله بما لا يليق به) أي بالسيد تامل

(قوله قبل نقد الثمن) قال الرملي وسواء كان الثمن حالا أو مؤجلا كما صرح به في الهداية (قوله وخرج شراء وارث البائع ووكيله الخ) قال الرملي م أبو حنيفة ٩٠ لم يجعل الموكل مشتريا بشراء الوكيل حتى قال لو باع الرجل شيئا بنفسه ثم وكل رجلا أن يشتري له ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فإنه يجوز عنده خلافا لهما وكذلك الجواب فيما إذا اشترى من وارث من باع منه بمنزلة الشراء ممن باع ولم يجعل محمد شراء وارث البائع بمنزلة شراء البائع حتى قال لو مات البائع

وشراء ما باع بالأقل قبل النقد

فاشترى وارثه ما باع بأقل مما باع جاز وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في الفصلين جميعا وبعض مشايخنا قالوا قول أبي يوسف فيما إذا كان المشتري وارثا للبائع نظير قول أبي حنيفة رحمه الله إذا كان غير وارث تقبل شهادته له أما إذا كان وارثا لا تقبل شهادته له كالوالد والولد ومن بمثابتهما لا يجوز شراؤه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وبعضهم قالوا على قول أبي حنيفة يجوز شراء وارث البائع على كل حال سواء كان وارث البائع ممن تقبل شهادته له أولا كما هو قول محمد رحمه الله وتمامه في التتارخانية (قوله خلافا لهما) أي في مسئلة شراء الوكيل كما يفيده التعليل وعبارة التتارخانية السابقة (قوله إن وارث البائع إنما لم يقم مقامه الخ) انظر مع هذا وجه ما قدمه آنفا عن السراج واستحسنه

لإخراج ما إذا كان نهارا برأي من عينه وقد صارت حادثة الفتوى وأجبت بما ذكرناه والله الموفق للصواب (قوله وشراء ما باع بالأقل قبل النقد) أي لم يجز شراء البائع ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فهو مرفوع عطفا على بيع لا أنه مجرور عطفا على المجرورات لأنه لو كان كذلك لصار المعنى لم يجز بيع شراء وهو فاسد وإنما منعنا جوازه استدلالا بقول عائشة رضي الله تعالى عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصصة فبقي له فضل بلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة أطلق في الشراء فشمل شراءه من كل وجه والشراء من وجه كشراء من لا تجوز شهادته له فإنه لا يجوز أيضا كشرائه بنفسه خلافا لهما في غير العبد والمكاتب وأطلق فيما باعه فشمل ما باعه بنفسه أو بوكيله وما باعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه ولغيره إذا كان هو البائع وشمل أيضا شراء الكل أو البعض كما في القنية وخرج شراء وارث البائع ووكيله عند الإمام لأن العقد وقع له لكونه أصيلا في الحقوق خلافا لهما لكونه قائما مقامه ولكن لا تطيب له الزيادة عند الإمام وإن ملكها وأما شراء البائع ممن اشترى من مشتريه فجائز وفاقا وشرط في السراج الوهاج لجواز شراء وارث البائع أن يكون ممن تجوز شهادته للمورث في حياته وإلا لا يجوز وهو قيد حسن أغفله كثير وإن كان معلوما من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له وأراد المؤلف رحمه الله تعالى الشراء من مشتريه حقيقة أو حكما كالشراء من وارث مشتريه والفرق بين الوارثين أن وارث البائع إنما لم يقم مقامه لأن هذا مما لا يورث وهو إنما يقوم مقامه فيما يورث بخلاف وارث المشتري فإنه قام مقامه في ملك العين وهذا من أحكامها وقيد بما باع لأن المبيع لو انتقص خرج أن يكون شراء ما باع فيكون النقصان من الثمن في مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو بأكثر منه وعلى هذا تفرع ما قالوا لو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها البائع بأقل إن كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالأقل وإن لم تنقصها لا يجوز لأنه يحصل به ربح لم يدخل في ضمانه كذا في فتح القدير ولا بد أن يكون النقصان فيها من حيث الذات لأن العين لو نقصت قيمتها بتغير الأسعار لم يجز الشراء بالأقل لأن تغير السعر غير معتبر في حق الأحكام لأنه فتور في الرغبات لا لفوات جزء كما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه كما خرج عن ملكه فظهر الربح وقيد بالأقل احترازا عن المثل أو الأكثر فإنه جائز ولا بد من اتحاد جنس الثمنين لأنه حينئذ يظهر النقصان فإن اختلف الجنس جاز مطلقا والدراهم والدنانير هنا جنس واحد احتياطا وقدمنا أنهما جنسان إلا في ثمانية في أول البيوع فإذا كان النقد الثاني أقل من قيمة الأول لم يجز وأطلق في الأقلية فشمل الأقل قدرا والأقل وصفا فلو باع بألف نسيئة إلى سنة ثم اشتراه بألف نسيئة إلى سنتين فسد عندنا وقيد بقوله قبل النقد إذ بعده لا فساد وفي القنية لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز وكذا لو أحال البائع على المشتري اهـ وفي السراج الوهاج لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن وإن بقي من ثمنه درهم ولا بد من نقد جميع الثمن ولو خرج

المبيع

المبيع عن ملك المشترى ثم عاد اليه فان عاد اليه بحكم ملك جديد كالاقالة قبل القبض أو بعده أو بالشراء أو الهبة أو بالميراث فشراء البائع منه بالاقل جائز وان عاد اليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشراء منه بالاقل لا يجوز كذا فى السراج الوهاج وذكر الشارح هنا فروعا فقال ٧ (قوله وصح فيما ضم اليه) أى صح البيع فى المضموم الى شراء ما باعه بالاقل قبل النقد كان اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع جائز فى التى لم يشترها من البائع ويفسد فى الاخرى لانه لا بد أن يجعل بعض الثمن فى مقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهذا فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفا للاجتهاد فيه أولانه باعتبار شبهة الربا أولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسرى الى غيرها وأورد على التعليل الاول مالو أسلم قوهيا فى قوهى ومروى فانه باطل فى الكل عنده وعندهما يصح فى المروى كما لو أسلم حنطة فى شعير وزيت عنده يبطل فى الكل وعندهما يصح فى حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان أسلم هروبا فى هروى جاز عند الشافعى ولا مخلص منه الا بتغيير تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بانه يجعل الشرط الفاسد فى أحدهما وهو قبول العقد فى الهروى شرطا لقبوله فى المروى فيفسد فى المروى بالشرط الفاسد وفى الهروى باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الائمة بعد ان علل به وفى شرح الجامع وأشار المصنف الى ان البائع لو اشتراه مع رجل آخر فانه يجوز من الاجنبى فى نصفه (قوله وزيت على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط أن يطرح عنه بوزن الظرف) أى لم يجز بيع شئ بهذا الشرط وصح البيع بالشرط الثانى لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه (قوله وان اختلفا فى الزق فالقول للمشترى) يعنى لو رد المشترى الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غيره وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة واذا برهن البائع قبلت بينته وأورد على ما فى الكتاب مسئلتان احداهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشترى ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع والثانية ان الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشترى على تقدير اختلافهما فى الثمن وأجيب عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون القول للمشترى لانكاره للزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانى بان التحالف على خلاف القياس فيها عند وجود الاختلاف فى الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أم لا فلا يوجب التحالف كذا فى فتح القدير والزق بالكسر الظرف وبعضهم يقول ظرف زيت أو قير والجمع أزقاق وزقاق وزقان مثل كتاب ورغفان كذا فى المصباح (قوله ولو أمر ذميا بشراء خمر أو بيعها صح) أى التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابى حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر أمر حكمى فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم

وصح فيما ضم اليه وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط أن يطرح عنه بوزن الظرف وان اختلفا فى الزق فالقول للمشترى ولو أمر ذميا بشراء خمر أو بيعها صح

(قوله ولا يشيع الفساد لكونه ضعيفا للاجتهاد فيه) قال الرملى أقول ولم يسر الفساد الى الثانية لانه ضعيف لكونه مجتهدا فيه أى محل اجتهاد وقابل له والا فخلاف الشافعى انما جاء بعد وضع المسئلة فكيف يوضع على شئ لم يقع بعد ويجوز أن يكون الخلاف واقعا قبل وضعها بل هو الاظهر ونوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد نص عليه شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد فى مسئلة الكتاب ماذكر لما فسد لانه عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة قال فى ٧ بياض بالاصل

ان كان خمرا يخللها ويدفع ثمنها الى الوكيل وان كان خنزيرا يسيبه ولم يذكر المصنف حكم ثمن ما باعه له قال الشارح يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه وقولهما انه لا يليه فلا يوليه منقوض بمسائل الوكيل بشراء معين له أن يوكل بشرائه له وان لم يله لنفسه ومنها اذا مات ذمي وله خمر فللقاضي أن يأمر ذميا ببيعها مع انه لا يليه بنفسه ومنها المسلم الوصي لذمي يوكل ذميا ببيع خمره مع انه لا يليه وقد كتبنا في الفوائد غير هذه وفي فتح القدير بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي تصرفا غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة ان هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة اه‍ وفي القنية من الزكاة مسلم له خمر وكل ذميا ببيعها فللمسلم أن يصرف ثمنها الى الفقراء من زكاة ماله وتصح اه‍ (قوله وأمة على ان يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد أو الا جملها أو يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو يسلم الى كذا أو ثوب على أن يقطعه البائع أو يخيطه قيصا) أي لم يجز بيع أمة بشرط منها وهو فاسد لانه بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط كما رواه عمرو بن شعيب رضي الله عنه وخصصه الشافعي بما عدا العتق وجوز البيع بشرط العتق وهو رواية عن أبي حنيفة كما ذكره الاقطع عملا بحديث بريرة فان عائشة رضي الله تعالى عنها اشترتها بشرط العتق وأجازه عليه السلام وأبطل الشرط فقال خذيها واشترطي لهم الولاء انما الولاء لمن أعتق ولم يخصه به أصحابنا بناء على أصلهم ان العام يعارض الخاص و يطلب منه أسباب الترجيح والمرجح هنا العام وهو النهي عن بيع وشرط لكونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي وأما حديث جابر في مسلم من أنه باع جملا للنبي صلى الله عليه وسلم وشرط له ظهره الى المدينة فعلى مذهب الشافعي لم يقع الشرط في صلب العقد فلم يفسد وعلى أصلنا قدم العام الحاظر على الخاص المبيح كما قدمناه وأشار المصنف بالعتق وما عطف عليه الى كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه فلابد في كون الشرط مفسدا للبيع من هذه الشرائط الخمسة فان كان الشرط يقتضيه العقد فانه لا يفسد كشرط أن يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فان كان لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا فلا مرد له كشرط الاجل في الثمن وفي المبيع السلم وشرط الخيار لا يفسده وان كان متعارفا كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز وان كان ملائما للبيع لا يفسده كالبيع بشرط كفيل بالثمن اذا كان حاضرا وقبلها أو غائبا فحضر وقبل قبل التفرق وكشرط رهن معلوم بالاشارة او التسمية فان حاصلهما التوثق للثمن قيدنا بحضرة الكفيل لانه لو كان غائبا فحضر وقبل بعد التفرق أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز وقيدنا بكون الرهن مسمى لانه لو لم يكن مسمى ولا مشارا اليه لم يجز الا اذا تراضيا على تعيينه في المجلس ودفعه اليه قبل ان يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطل الرهن واذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر وانما يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفعهما خير البائع في الفسخ واشتراط الحوالة كالكفالة ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد ان يجب بالعقد من غير شرط ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد كذا في الذخيرة

اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الاولى كادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل كذا في النهر اه‍ (قوله وان كان خنزيرا يسيبه) انظر لم يقولوا يقتله مع ان تسييب السوائب لا يحل (قوله وكل ما هو كذلك ليس بمشروع) قال في النهر لا نسلم ان مثله ليس بمشروع أما في البيع فلان عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة اذ قدمر قريبا ان شعر الخنزير اذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه وان لم يطب ثمنه وأما في الشراء فقد أفاد فائدة في الجملة هي تخليل الخمر ومثله لا يعد غير مشروع (قوله وفي القنية من الزكاة الخ) كانه ذكره استدراكا على قول الفتح فاي فائدة في الصحة (قوله بشرط منها) أي من الشروط المذكورة في المتن

وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد أو الا جملها أو يستخدم البائع شهرا أودارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو يسلم الى كذا أو ثوب على أن يقطعه البائع أو يخيطه قيصا

الذخيرة وفي السراج الوهاج أن يكون راجعا الى صفة المبيع أو الثمن كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة وفيها يقال للمشترى في مسئلة الرهن ادفعه أو عجل الثمن وفي القدوري يقال للمشترى اما ان تدفع الرهن أو قيمته أو تفسخ العقد لان يد الاستيفاء للبائع انما تثبت على المعنى وهو القيمة ولا شك ان الرهن لو هلك فان المشترى يدفع قيمته أو يعجل الثمن ولو اشترى عبدا على ان يعطى البائع المشترى كفيلا بما أدركه من درك فان كان الكفيل مجهولا فسد البيع وان كان معينا حاضرا وقبل أو كان غائبا فحضر قبل التفرق وقبل جاز اه ولم يذكر الرهن على الدرك لانه غير جائز وتفسير المنفعة لاحد المتعاقدين اشتراط ان يهبه المشترى شيأ أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو يخدمه العبد شهرا ولو شرط أن خراجها على البائع فسد وان شرط الزائد على خراجها عليه جاز لانه شرط أن لا يجب عليه تحمل الظلم ولو شرط ان خراجها كذا فجاء أزيد أو انقص فسد البيع لانه باع بشرط أن يجب على المشترى خراج أرض أخرى هذا اذا علم فان لم يعلم جاز و يخير المشترى ولو اشترى خراجية الاصل بلا خراج أو غير الخراجية مع الخراج بان كان للبائع خراجية وضع خراجها على هذه فسد وان لم تكن في الاصل خراجية فوضع عليها جاز وتمامه في البزازية ومما فيه نفع للمشترى اشتراط خياطة الثوب على البائع أو طحن الحنطة أو قطع الثمرة وتفسير منفعة المعقود عليه اذا كان من أهل الاستحقاق اشتراط ان لا يبيع العبد أو لا يهبه أو لا يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه فان المملوك يسره أن لا تتداوله الايدى وكذا بشرط أن لا يخرجه عن مكة وفي الخلاصة اشترى عبدا على أن يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وفي البزازية اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد وعلى أن يطعمه خبيصا فسد وقيدنا بكونه من أهل الاستحقاق أى من أهل أن يستحق حقا على الغير وهو الآدمى لانه لو كان حيوانا غير آدمى أو ثوبا فالبيع بهذا الشرط جائز وخرج أيضا ما اذا شرط منفعة لاجنبى كان يقرض البائع أجنبيا فالبيع صحيح كما في الذخيرة معزيا الى الصدر الشهيد قال وذكر القدورى انه يفسد وصورته أن يقول المشترى للبائع اشتريت منك هذا على أن تقرضنى أو تقرض فلانا وفي المنتقى قال محمد رحمه الله تعالى كل شئ يشترطه المشترى على البائع يفسد به البيع فاذا شرطه على أجنبى فهو باطل كما اذا اشترى دابة على أن يهبه فلان الاجنبى كذا فهو باطل كما اذا شرط على البائع أن يهبه وكل شئ يشترطه على البائع لا يفسد به البيع فاذا شرطه على أجنبى فهو جائز وهو بالخيار ومن ذلك ما اذا اشترى شيأ على أن يحط فلان الاجنبى عنه كذا جاز البيع وهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وروى ابن سماعة عن أبى حنيفة اذا اشترى من آخر شيأ على أن يهب البائع لابن المشترى أو لاجنبى من الثمن كذا فسد البيع وخرج أيضا شرط فيه مضرة لاحدهما كما لو باع ثوبا بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه جاز البيع وهو قول أبى حنيفة ومحمد وفي قول أبى يوسف فاسد وهو رواية واختلاف المشايخ فيما اذا باع على أن يعطى ثمنه من مال فلان ومن منفعة البائع المفسدة للبيع ما اذا شرط أن يدفع المشترى الثمن الى غريم البائع لسقوط مؤنة القضاء عنه ولان الناس يتفاوتون في الاستيفاء فمنهم من يسامح ومنهم من يماكس ومنها أيضا ما لو باع بالف وشرط أن يضمن المشترى عنه ألفا لغريمه ومن منفعة المشترى ما اذا باع بستانا بشرط أن يبنى البائع حوائطه كذا في الذخيرة وفي فتح القدير ما لو باع ساحة على ان يبنى بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد اه وخرج أيضا ما لا مضرة فيه ولا منفعة كان اشترى طعاما بشرط أكله أو ثوبا بشرط لبسه فانه يجوز وخرج عن

(قوله وخرج ايضا ما اذا شرط منفعة الاجنبى) خرج بقوله وفيه منفعة لاحد العاقدين وظاهر قول الزيلعى وفيه منفعة لاهل الاستحقاق ثم قوله وأهل الاستحقاق هو البائع والمشترى والمبيع الآدمى والاجنبى ان اشتراطه للاجنبى مفسد موافقا لما يأتى عن القدورى والمنتقى وفي الدر المختار عن حاشية أخى زاده انه الاظهر اه وفي الفتح وكذا أى مثل ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين اذا كانت المنفعة لغيرهما ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد (قوله فهو باطل) أى فالشرط باطل كما في البزازية وفي الفتح عن الولوالجية لو قال بعتك هذه الدار بالف على أن يقرضنى فلان الاجنبى عشرة دراهم لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبى

الاقتضاء ما في المجتبى اشتراه على أن يدفعه اليه قبل دفع الثمن أو قال على أن تدفع الثمن في بلد آخر فسد البيع وفي شرح المجمع معزيا الى النوازل لو قال بعت منك هذا على ان أحط من ثمنه كذا جاز ولو قال على أن أهب منك كذا لم يجز البيع لان الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط اه وقيد بعلى لان الشرط لو كان بان فان البيع يفسد في جميع الوجوه الا في مسئلة ما اذا قال ان رضي أبي أو فلان في ثلاثة أيام كما سيأتي فيما يصح تعليقه وما لا يصح والتفصيل السابق انما هو اذا علق بكلمة على وقيد بكون الشرط مقارنا للعقد لان الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبي حنيفة وقيل لا وهو الاصح كما في جامع الفصولين في الفصل التاسع والثلاثين ولكن في الاصل اذا ألحقا بالبيع شرطا فاسدا يلتحق عند أبي حنيفة وان كان الالحاق بعد الافتراق عن المجلس وصورته لو باع فضة بفضة وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أو حط عنه وقبله الآخر فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف البيع صحيح وتبطل الزيادة والحط وقال محمد الزيادة باطلة والحط جائز ولو كان الشرط في العقد فابطلاه ان كان المفسد في صلب العقد صح الحط في المجلس ولا يصح فيما وراء المجلس اه وقيد بعلى دون الواو لانه لو زاد الواو بان قال بعتك هذا بكذا وعلى ان تقرضني كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا وهو نظير ما لو كان دفع لرجل أرضا بيضاء فيها نخيل فقال دفعت اليك النخيل معاملة على ان تزرع كان شرطا للمزارعة في المعاملة ولو قال وعلى ان تزرع لم تفسد المزارعة ويعرف من هاتين المسئلتين كثير من المسائل كذا في الذخيرة وتبعه في البزازية وقيد باخراج ما ذكر مخرج الشرط لانه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد كما اذا باع بستانا على أن يعمر حوائطه وأخرجه مخرج الوعد ولكن لو لم يبين البائع لم يجبر ويخير المشتري في الرد كذا في الذخيرة لكن لم يبين بماذا يكون اخراجه مخرج الوعد وهو أحد الاجوبة عن حديث بريرة فان البيع لم يكن بشرط العتق وانما كان بوعد عتقها وبين الامام اسحق الولوالجي صورة اخراجه مخرج الوعد قال اشتر حتى ابني الحوائط وخرج عن الملائم للعقد ما لو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشتري أو لا يطأها فالبيع فاسد لان الملائم للعقد الاطلاق وعند أبي يوسف يجوز في الاول لانه ملائم وعند محمد يجوز فيهما في الاول لما قاله أبو يوسف وفي الثاني ان لم يقتضه العقد لا يرجع نفعه الى أحد فهو شرط لا طالب له ولم يفصل المؤلف بين شرط وشرط في الفساد وهو كذلك الا البيع بشرط العتق فان المشتري اذا أعتقه صح البيع ووجب الثمن عليه عند أبي حنيفة وقالا يبقى فاسدا فيجب القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منتهي للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا أتلف بوجه آخر لا تتحقق الملائمة فتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال موقوفا بخلاف ما اذا دبرها أو استولدها فانهما لا ينهيان الملك لجواز قضاء قاض ببيعهما وأجمعوا ان المشتري لو أتلفه أو باعه أو وهبه تلزمه قيمته كذا في السراج الوهاج ومن الشروط المفسدة ما في القنية اشترى بطيخة على انها حلوة أو شاة على انها تحلب كذا أو زيتونا أو سمسما على ان فيه كذا منا أو شاة أو ثورا على ان فيه كذا منا من اللحم فسد البيع في الكل لتعذر معرفته قبل العمل وعجز البائع عن الوفاء به اه ولو اشتراه على أن يؤدي الثمن من بيعه فهو فاسد ان شرط وانما ذكر استثناء الحمل مع الشروط لانه لما كان غير صحيح صار شرطا فاسدا والاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من

(قوله لانه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد) انظر ما سيذكره المؤلف قبيل الصرف عند قوله والشركة (قوله فان المشتري اذا أعتقه) أي بعد القبض كما في النهر ثم قال وأجمعوا على انه لو أعتقه قبل القبض لا يجوز

العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد فى الكتابة ما يتمكن فى صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذلك الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجرى فيها كذا فى الهداية والغلة كالخدمة وأورد مسئلة الخدمة على الاصل السابق وأجيب بأنه اما مطرد غير منعكس والايراد على العكس واما بأن الكلام فى العقد والوصية ليست بعقد فلا ترد كذا فى النهاية ولا يخفى انها عقد مشتمل على الايجاب والقبول فالاوجه الاول وتفرع على القاعدة انه يصح استثناء قفيز من الصبرة لجواز افراده ولا يصح استثناء شاة من قطيع لعدم جواز افرادها من قطيع اذا لم تكن معينة وأما اذا عينها بالاشارة فالاستثناء صحيح وكذا الحال فى كل عددى متفاوت وصح استثناء ارطال معلومة من بيع الثمرة لجواز ايراده على الارطال ابتداء وهو المعتمد ومن مسائل الاستثناء باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لى فله تسعة اعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا للمروى عن محمد انه بالجميع وعن أبى يوسف انه لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لى أوولى هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقى بمائة ولو قال ولى نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز فى كله بالف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بالف لانه الباقى بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لى نصفه بثلاثمائة أومائة دينار فسد لادخال صفقة فى صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لى طريقا الى دارى هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى دارى الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريق للمشترى فى الدار وعلى ان بابه فى الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر أن لا طريق له يرد ولو باع بالف دينار الا درهما أو الا ثوبا أو الا كرحنطة أو هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فاذا فيها بناء فالبيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروى فظهر بلخيا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها أو اشتراها بشجرها فليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باجذاعها كذا فى فتح القدير (قوله وصح بيع نعل على أن يحذوه ويشركه والقياس فساده) لما فيه من النفع للمشترى مع كون العقد لا يقتضيه وما ذكره جواب الاستحسان للتعامل وفى الخروج عن العادة حرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة فبقى على أصل القياس وتسمير القبقاب كتشريك النعل كما فى فتح القدير وفى البزازية اشترى ثوبا أو خفا خلقا على ان يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه صح للعرف ومعنى يحذوه يقطعه (قوله لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك) أى لا يجوز البيع وهو فاسد لجهالة الاجل وهى مفضية الى المنازعة فى البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم بالايام لان صومهم

وصح بيع نعل على أن يحدوه ويشركه لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك

(قوله والبيع يبطل به) قال الرملى مراده يفسد وقد تبعه فى النهر فى هذا التفسير وقد قدم فى أول القولة قوله أى لم يجز بيع أمة بشرط منها وهو فاسد (قوله أو هذه الشياه) هذه المسئلة مكررة بما مر آنفا (قول المصنف ان لم يدر العاقدان ذلك) قال الرملى ولو دراه أحدهما ولم يدر الآخر فكذلك لا يجوز لافضائه الى المنازعة وعبارة الاصلاح لابن كمال باشا ان لم يعرف أحدهما ذلك اه والعبارة الخالية من النقد ان لم يدريا أو أحدهما تامل

(قوله والنيروز أول يوم من الصيف الخ) قال في النهر هذا انما يتم بناء على ان الربيع من الصيف والخريف من الشتاء وقدم في الصلاة نظيره والا فالفصول أربعة كما لا يخفى وقيل هما عيدان للمجوس اه وذكر قبله النيروز أول يوم من طرف الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل والمهرجان يوم في طرف الخريف وهو أول يوم من الشتاء تحل فيه الشمس الميزان اه ولا يخفى ان قوله وهو أول يوم من الشتاء مبني على ان الخريف من الشتاء والا فاول فصل الشتاء هو أول يوم تحل فيه الشمس في الجدي فلو أسقطه لكان أولى تامل وفي القهستاني النيروز أنواع نيروز العامة وهو أول يوم من فردمين ماه ونيروز الخاصة وهو النيروز الخاص ونيروز السلطان وهو أول يوم يكون في نصف نهار والشمس في أول درجة من درجات الحمل ونيروز المجوس ويقال له نيروز الدهاقين وهو اليوم الذي تحل فيه الشمس في الحوت والمهرجان نوعان عامة وهو أول يوم من الخريف أعني اليوم السادس عشر من مهرماه وخاصة وهو اليوم السادس والعشرون منه اه (قوله ثم قال الخ) قال الرملي لا يخفى على ذي فهم ان قوله في المتن ان لم يدر المتعاقدان ذلك تبعا لما في غيره ان المدار على علم المتعاقدين لا غير لاخذ الجهالة علة في الفساد والحكم يدور معها كيفما دارت فيجب أن يكون النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطرهم وفطر اليهود وصومهم سواء في ذلك تامل

بالايام معلوم فلا جهالة فيه والنيروز أول يوم من الصيف وهو أول يوم تحل فيه الشمس الحمل والمهرجان أول يوم من الشتاء وهو أول يوم تحل فيه الشمس الميزان كذا في السراج الوهاج ثم قال وانما خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود لان صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه مع انه اذا باع الى صوم اليهود فالحكم كذلك لا يتفاوت فيكون المعنى الى صوم النصارى وفطرهم والى فطر اليهود وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما اه (قوله والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف) أي لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها تتقدم وتتأخر والحصاد بكسر الحاء وفتحها ومثله القطاف وهو للعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم ليتكسر وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها ولم يذكر الجذاذ ذكره في الهداية واختلف في معناه فقيل جز الصوف من ظهور الغنم وقيل جذاذ النخل قاله الحلواني وفي نسخ الهداية وفتح القدير بالزاي المكررة أخت الراء وذكر الزيلعي انه بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في قطع النخل اه فعلى هذا لم يكن بالزاي وذكره في المصباح في فصل الذال المعجمة وفصل الزاي وان كلا منهما بمعنى قطع وهما من باب قتل قيد بالبيع الى هذه الآجال لانه لو باع مطلقا عنها ثم أجل الثمن اليها لم يفسد لكونه تأجيلا للدين فالمفسد ما كان في صلب العقد كذا في الهداية وفي فتاوى قاضيخان تبايعا بيعا جائزا ثم أخر الثمن الى الحصاد قال محمد بن الفضل يفسد البيع وعن محمد لا يفسد

(قوله مع انه اذا باع الى صوم اليهود فالحكم كذلك) أي ان علماء صح والا فلا وتامله مع قوله لان صوم النصارى غير معلوم الخ

والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف

وفي القهستاني وصوم النصارى سبعة وثلاثون يوما في مدة ثمانية وأربعين يوما فان ابتداء صومهم يوم الاثنين الذي يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثاني شباط وثامن آدار ولا يصومون يوم الاحد ولا يوم السبت الا يوم السبت الثامن والاربعين ويكون فطرهم يعني يوم عيدهم يوم الاحد بعد ذلك وفطر اليهود أن يأكلوا سبعة أيام من خامس عشر من الشهر السابع من شهر تاريخهم ابتداؤه قبل سنة الروم بشهر لموافقه موسى وقومه وأما فطر اليهود كما في الهداية وغيرها فليس بيوم مشهور عنهم الآن يقال أريد يوم أفطروا فيه فانهم يصومون بنص التوراة ستة وثلاثين يوما اه (قول المصنف والدياس) قال الرملي قال المطرزي الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب ويكرر عليه الدوس يعني الجر حتى يصير تبنا والدياس صقل السيف واستعمال الفقهاء اياه في موضع الدياسة تسامح أو وهم اه (قوله قال محمد بن الفضل يفسد البيع) قدمنا عند قول المصنف في كتاب البيوع وصح بثمن حال وبأجل معلوم عن الخانية أيضا ان الفساد قول أبي حنيفة وانه الصحيح وفي غاية البيان وقال شمس الائمة السرخسي فان قيل كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى ان الصداق يتحمل الجهالة اليسيرة حيث يتحمل جهالة الوصف ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال اه ثم قال جواب هذا الفصل غير محفوظ في الكتب وبين مشايخنا فيه اختلاف والاصح انه تثبت هذه الآجال في الصداق لانه لا شك ان اشتراط هذه الآجال لا تؤثر في أصل النكاح بخلاف البيع فيبقى هذا خللا في الدين المستحق بالعقد

ويصح

(قوله وقدمنا انه لو باع الخ) قال الرملي قدم انه يفتى بانه يتأجل الى شهر قال كأنه لانه هو المعهود في الشرع في السلم واليمين ليقضين دينه آجلا فقوله وفي القنية الى قوله فهو فاسد اعتراض بين قوله وقدمنا انه لو باع بثمن مؤجل ولم يعينه ففيه خلاف وبين قوله والفتوى على انصرافه الى شهر أو انه لمسئلة القنية وتكون العلة في ذلك ان العادة للذهاب والاياب عندهم شهر فصار كأنه ضرب بعينه وهذا هو الظاهر تأمل (قول المصنف ولو أسقط الآجل قبل حلوله صح) قال الرملي وقيده في شرح المجمع لابن ملك بالمجلس وعبارته وقيدنا بقولنا قبل التفرق لانه لو تفرقا قبل ذلك تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا بالاتفاق من الحقائق فليتأمل كذا رأيت بخط شيخ الاسلام ابن عبد الله محمد الغزي رحمه الله تعالى وفيه نظر فان هذا القيد لم يذكره غيره وصريح كلام الشارح بخلافه فقد قال أي لو باع الى هذه الآجال ثم أسقط المشتري الاجل قبل أن يأخذ الناس ٩٧ في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز ومثله يصد ما في هذا الشرح وغيره ولو كان شرطا لاقتصر عليه ولم يذكر مجيء الاجل اذ ذكره والحالة هذه لغو فتأمل اه ملخصا أقول وقد راجعت الحقائق شرح المنظومة النسفية فوجدت ما يفيد خلاف ما نقله ابن الملك عنها ونص عبارتها في باب ما اختص به زفر اعلم ان البيع باجل مجهول لا يجوز اجماعا سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلا أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم

واحد من سفره فان أبطل المشتري الاجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزا عندنا وعند زفر لا ينقلب ولو مضت المدة قبل ابطال الاجل تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اجماعا وان أبطل المشتري الاجل المجهول المتفاوت قبل التفرق ونقد الثمن انقلب جائزا عندنا وعند زفر لا ينقلب جائزا ولو تفرقا قبل الابطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اجماعا من شرح الطحاوي في أول السلم قلت ذكر أبو حنيفة رحمه الله تعالى الاجل المجهول مطلقا وقد بينت ان اسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة اه بحروفه وتقدم ذلك أيضا في كلام المؤلف في شرح قول المتن وبثمن حال ومؤجل أول كتاب البيوع وعزاه الى السراج فتنبه لهذا فقد جعل الشيخ محمد الغزي ما ذكره عن ابن الملك من مسائل متنه التنوير وتبعه شارحه الحصكفي عليه ووقع لابن الكمال مثل ما لابن ملك (قول المصنف ومن جمع بين حر

ويصح التأخير لان التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى مجهول كالكفالة اليها وقدمنا انه لو باع بثمن مؤجل ولم يعينه ففيه خلاف وفي القنية باع بالف نصفه نقد ونصفه الى رجوعه من دهشان فهو فاسد والفتوى على انصرافه الى شهر وبينا مسائل التأجيل عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل والله أعلم (قوله ولو كفل الى هذه الاوقات جاز) لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل ألا ترى انها تحتمل الجهالة في أصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه قيد بهذه الاوقات لانه لو كفل الى هبوب الريح فهي باطلة لانها متفاحشة وتأتي في بابها (قوله ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أي لو أسقط من له الاجل وهو المشتري الاجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج انقلب البيع صحيحا لان الفساد كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحا باسقاط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف اسقاط الاجل في النكاح المؤقت لكونه متعة وهو غير عقد النكاح وقال في مختصر القدوري تراضيا على اسقاطه بالتثنية وخالفه المؤلف فوحد الضمير لقوله في الهداية وقوله في الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه وقيد بهذه الآجال لانهما لو تبايعا الى هبوب الريح أو مطر السماء ثم تراضيا على اسقاطه لا ينقلب العقد جائزا لان هذا ليس باجل بل الاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح قد يتصل بكلامه فعرفنا انه ليس باجل بل هو شرط فاسد كذا في السراج الوهاج وفي فتح القدير والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا أسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بالف ورطل من خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا ذكره في آخر الصرف اللهم الا أن يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن اذ لا مستتبع هناك اه وفي جامع الفصولين خلافه أجمعوا انه لو باع قنا بالف درهم ورطل خمر ثم أبطلا الخمر لم يعد جائزا اه (قوله ومن جمع بين حر

ولو كفل الى هذه الاوقات جاز ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح ومن جمع بين حر

وعبد) قال الرملي أو جمع بين ذبيحة من الحل فاذا أحدهما خمر وهذا اذا قال بعتهما اما اذا قال بعت أحدهما فقبل الآخر صح في القن تصحيحا لتصرفه كما في الخلاصة وقوله أو بين شاة ذكية وميتة المراد بالميتة التي ماتت حتف أنفها كما قيده به في الدرر والغرر والنهر وذكر الاحتراز في شرحه فراجعه اهـ (قوله فأفتى مفتيها) هو مولانا أبو السعود جامع اشتات العلوم تغمده الله تعالى برضوانه كذا في النهر قال

ووافقه بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الاخ الا أنه قال في شرحه هنا يرد عليه الخ (قوله ولكن يرد عليه ماصرح به قاضيخان الخ) فان قلت يمكن حمل القضاء في كلام قاضيخان على القضاء بصحته لا بلزومه فلا يرد ما أفتى به مفتي الروم قلت هو مطلق فيحمل على الكامل وهو القضاء بلزومه والله تعالى أعلم ولان في حمله على القضاء بلزومه فائدة بخلاف حمله على القضاء بالصحة فانه لا فائدة فيه لانه صحيح بدونه أقول وكلام شيخنا رحمه الله تعالى في شرحه هذا يفيد ان بيع الوقف فاسد وليس بباطل كما في الحر لكن في جواهر الفتاوى صرح ببطلانه وكلامه ظاهر في أنه لا يفيد الملك فليراجع والله تعالى أعلم كذا في حاشية الرملي وفي الشرنبلالية صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف وأحسن بذلك اذ جعله في قسم البيع الباطل اذ خلاف في بطلان بيع الوقف لانه لا يقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسدا وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه في عصره بجمل رسائل ولنا فيه رسالة هي حسام الحكام متضمنة لبيان فساد قوله و بطلان فتواه اهـ ومراده بالغالط قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي والعلامة الشيخ أحمد الشلبي كما ذكره في تلك الرسالة

وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك

وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) اما الاول فهو قول أبي حنيفة وقالا يصح ان سمى لكل واحد ثمنا وأفسد البيع زفر في الكل فالاصل عنده انه اذا جمع بين حل وحرام فانه يفسد في الكل فصل أولا وقاس الثاني على الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهالة ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة أما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولذا ينعقد في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه ومتروك التسمية عمدا كالميتة وأم الولد والمكاتب كالمدبر وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان وما ذكره المؤلف هو الصحيح لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر لكن أراد بالوقف ما ليس بمسجد فان المسجد لو ضم الى الملك فانه يبطل فيهما لان المسجد كالحر كذا ذكره الشارح وقيده في التجنيس بالعامر لان المسجد الخراب لو ضم الى الملك لم يبطل في الملك لجواز بيع المسجد اذا خرب في أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر ولا يشكل ما في المحيط من أنه لو باع قرية ولم يستثن ما فيها من المساجد والمقابر الاصح الصحة في الملك لان ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة ثم اعلم انه قد وقعت حادثة في القسطنطينية هي جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة واحدة فأفتى مفتيها بعدم الصحة في الملك كالوقف فاعترض عليه بانه مخالف للاصح فأجاب بانه محمول على وقف لم يحكم بصحته ولزومه ليكون كالمدبر مجتهدا فيه اما ما قضى القاضي به فهو كالحر للزومه اجماعا فيسري الفساد الى الملك ولكن يرد عليه ما صرح به قاضيخان في فتاواه ان الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر بدليل انه لو ضم الى ملك لا يفسد البيع في الملك وهكذا في الظهيرية وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع الى الحق وهو اطلاق الوقف لانه بعد القضاء وان صار لازما بالاجماع لكنه يقبل البيع بعد لزوم الوقف اما بشرط الاستبدال وهو صحيح على قول أبي يوسف المفتى به أو بضعف غلته كما هو قولهما أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه فللناظر

﴿فصل في بيان أحكام البيع الفاسد﴾ (قوله فلو كان في يده وديعة الخ) عبارة الفتح وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها قال في النهر وأقول يجب أن يكون ما في جمع التفاريق مخرجا على ان التخلية قبض ولذا قيده بكونها حاضرة والا فقد مر ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع فتنبه لهذا (قوله وهذه عجيبة الخ) قد مر في أمر الذمي ببيع الخمر والخنزير نظيرها (قوله وان الاب اذا اشترى من ماله لابنه الصغير فاسدا) صواب العبارة اذا اشترى من مال ابنه الصغير لنفسه فاسدا أو باع من ماله لابنه كذلك قال في النهر وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا أو اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اه (قوله ثم رأيت في القنية ان بيع التلجئة باطل) قال الرملي ما ذكر في القنية مشكل لان كلا من عوضي بيع الهازل مال فكيف يكون باطلا وقد صرح في عامة كتب الاصول والفروع انه ينعقد فاسدا لا يفيد الملك بالقبض وممن صرح بذلك ابن ملك في شرح المجمع ومن ثم صرحوا ان بيع المكره يقع فاسدا لكنه ينقض تصرف المشتري منه لعدم الرضا فعلى هذا يكون معنى قول صاحب القنية ان بيع التلجئة باطل أي يشبه الباطل في عدم افادته الملك فعلى هذا يكون الفاسد على نوعين نوع يفيد الملك ونوع لا يفيده ثم رأيت في قاضيخان التصريح ببطلانه حيث قال فان اختلفا فادعى أحدهما ان البيع تلجئة والآخر ينكر التلجئة لا يقبل قول مدعي التلجئة الا ببينة ويستحلف الآخر وصورة التلجئة في البيع ان يقول الرجل اني أبيع داري منك بكذا وليس ذلك ببيع في الحقيقة بل هو تلجئة ويشهد على ذلك ثم يبيع في الظاهر من غير شرط فهذا البيع يكون باطلا بمنزلة بيع الهازل وعن محمد رحمه الله تعالى بيع التلجئة اذا قبض المشتري العبد وأعتقه لا ينفذ اعتاقه ولا يشبه المشتري من المكره لانه في الحكم بمنزلة البيع بشرط الخيار لهما اه من الغزي وفي قاضيخان أيضا وذكر في اقرار الاصل ان

﴿فصل﴾ قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته

بيعه كما في فتاوى قاضيخان أو بقضاء قاض حنبلي يرى بيعه فان عنده بيع الوقف يجوز ويشترى ببدله ما هو خير منه كما في معراج الدراية فكيف يجعل الوقف كالحر مع وجود هذه الاسباب المجوزة لبيعه والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

﴿فصل في البيع الفاسد﴾ أي في بيان أحكام البيع الفاسد قدمنا ان فعله معصية فعليه التوبة منها بفسخه كما سيأتي (قوله قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته) وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا تنال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد ذكرناه أول الباب وشيء آخر ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا أشار المصنف رحمه الله تعالى بذكر القبض الى انه ليس مقبوضا في يده فلو كان في يده وديعة ملكه بمجرد القبول كما في فتح القدير والى ان التخلية فيه لا تكفي وصححه العمادي في الفصول وصحح قاضيخان في فتاواه في باب قبض المبيع انها قبض فيه واختاره في الخلاصة وأطلقه فشمل قبض الوكيل قال في القنية التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا بالقيمة اه وخرج ما قبل القبض فلا ملك له وأطلقه فشمل القبض الحكمي لما في الظهيرية لو اشترى عبدا شراء فاسدا ولم يقبضه فامر البائع باعتاقه فاعتقه صح عتقه عن المشتري لانه بمنزلة قبض المشتري ولو أعتقه المشتري بنفسه لا يصح لعدم الملك وهذه عجيبة حيث ملك المأمور ما لم يملك الآمر وقيد بقوله في البيع الفاسد للاحتراز عن الباطل فانه لا يفيده ولكن ليس كل فاسد يملك بالقبض فقد كتبنا في الفوائد الفقهية ان بيع الهازل لا يملك بالقبض كما ذكره البزدوي في الاصول وان الاب اذا اشترى من ماله لابنه الصغير فاسدا أو باع كذلك فالقبض لا يكفي ولا يملكه الا بقبضه واستعماله كذا في المحيط ثم رأيت في القنية ان بيع التلجئة باطل فحينئذ لا يرد على

بيع الهازل باطل اه ويمكن أن يجاب عن اشكاله بانه وان كان كل من عوضيه مالا لكن ليس ببيع حقيقة لعدم الاعتداد بما ذكرا من الايجاب والقبول مع الهزل فكانهما لم يوجدا وانما جاز اذا جعلاه جائزا بعد ذلك بطريق جعله انشاء وانما كان القول لمدعى الهزل لانه ينكر وجود البيع ولا اشكال فى ذلك على هذا القول لان القول قول مدعى البطلان لكن ذكروا فى التلجئة انه لا يقبل قول مدعيها فهو مشكل لانه يدعى البطلان وقالوا فيه انه هزل فما الفرق بين التلجئة والهزل فى ذلك فتأمل اه ملخصا وقوله لان القول

قول مدعى البطلان أى لو اختلفا فيه وفى الصحة اما لو اختلفا فى الصحة والفساد فالمختار ان القول لمدعى الفساد كما فى شرح مجمع (قوله لان الملك حصل بدونه) أى بدون القبض والاولى لان الملك حصل به أى بالايجاب (قوله اللهم الا أن يقال ان بعض البيوع الخ) قال فى النهر وأقول هذا مما لا حاجة اليه بل الفاسد أعم على ما التزموه فى أول الباب وحينئذ فلا بد من التصريح بهذا العقد لاخراج الباطل وهذا مما يجب أن يفهم من كلامهم فى هذا المقام ومن تأمل ما فى الهداية وغيرها وجده كالصريح به ثم رأيته فى الحواشى السعدية قال فى قول صاحب الهداية شرط أن يكون العوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع يعنى ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل فى المعنى العام للباطل أيضا وهذا طبق ما فهمته فتنبه له وعلى هذا فقول الشارح أى الزيلعى ان قوله فى البيع الفاسد احتراز عن الباطل مما لا ينبغى اذ الباطل انما خرج بقوله وكل من عوضيه مال كما قد علمت اه وتعقبه الحموى بان من افراد الباطل ما لا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فانه باطل مع ان كلا من عوضيه مال وعلى هذا فلا بد من حذف هذا القيد لاقتضائه ان هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك اه قلت وقد يدفع بانهما ليسا مالا مطلقا فان الشرع أسقط ماليتهما

المصنف لان كلامه فى الفاسد وفى آخر القنية من الوصايا باع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش فهو باطل لا يملك بالقبض ثم رقم آخر بل هو فاسد اه أقول ينبغى أن يجرى القولان فى بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذى جاز استبداله اذا بيع بغبن فاحش وينبغى ترجيح الثانى فيهما لانه اذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف وقيد بامر البائع أى باذنه لانه بلا اذنه لا يفيد الملك وانما ذكر والاذن دون الرضا لانه لا يشترط فى بعض افراده كبيع المكره كما لا يخفى وأطلقه فشمل الاذن صريحا أو دلالة فسكوته عند قبض المشترى فى المجلس اذن دلالة لكون البيع تسليطا منه على القبض اذ مراده أن يملكه المشترى بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب ليس بتسليط لان الملك حصل بدونه وأما اذا تفرقا عن المجلس فلا بد من اذن صريح الا اذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فانه يكون اذنا بالقبض دلالة وفى السراج الوهاج ولو أمر المشترى البائع أن يعمل فى المبيع عملا ينقصه أو لا ينقصه كالقصارة والغسل باجرة أو بغير أجرة فما كان ينقصه فهو قبض والا فلا وللبائع الاجرة فى الوجهين هلك المبيع أو لا اه وفى جامع الفصولين ولو بر اخلطه البائع بطعام المشترى بامره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله اه وقيد بقوله وكل من عوضيه مال ليخرج البيع بالميتة وكل بيع باطل كالبيع مع نفى الثمن فانه باطل ومع السكوت عنه فاسد يملك المبيع بالقبض ولا شك ان الباطل خرج أولا بقوله فى البيع الفاسد فلا حاجة الى اخراجه ثانيا اللهم الا أن يقال ان بعض البيوع الباطلة أطلقوا عليها اسم الفاسد فربما يتوهم ان المبيع فيها يملك بالقبض فصرح بما يخرجها فاذا باع عرضا بخمر أو بمدبر أو أم ولد ملك العرض بالقبض لا ما قابله مع ان بعضهم أطلق على بيع الخمر والمدبر وأم الولد الفساد ولكن كان ينبغى أن يقول مال متقوم وذكر فى ايضاح الاصلاح انه لا حاجة الى هذا القيد لان فساد البيع لا يوجد بدون هذا الشرط لا يقال انه يوجد بدونه فيما اذا باع وسكت عن ذكر الثمن لان أحد العوضين حينئذ القيمة وهى مذكورة حكما كما صرح به فى الذخيرة على ان الشرط وجود المالية فى العوضين اه كما قيده به فى الجوهرة وفى قوله ملك البيع رد على من قال انه انما يملك التصرف دون العين وهم العراقيون وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه فى كلام محمد وهو الصحيح المختار فانه قال ان المشترى خصم لمن يدعيه لانه يملك رقبته كذا فى جامع الفصولين بدليل ان المشترى اذا أعتقه بعد قبضه صح وكان الولاء له ولو باعه كان الثمن له ولو بيعت دار الى جنبها فالشفعة للمشترى ولو أعتقه البائع لم يعتق ولو سرقه البائع من المشترى بعد قبضه قطع كما فى الجوهرة فهذه كلها ثمرات الملك وبدليل وجوب الاستبراء

على

على البائع اذاردت الجارية عليه ولولا خروجها عن ملكه لم تجب وقولهم انه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما اذا كان البائع وصى يتيم باع عبده فاسدا فاعتقه المشترى فانه يصح ولو كان على وجه التسليط لم يصح كذا فى جامع الفصولين وأما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان طعاما وعدم حل لبسه لو كان قميصا وعدم حل وطئها لو كانت جارية واستبرأها ولو وطئها أوجب العقر اذا فسخ وعدم وجوب الشفعة لشفيعها فلا دليل فيه لان عدم الحل لا يدل على عدم الملك بدليل ان ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل والاخت رضاعا اذا ملكها لا يحل له وطؤها وانما لم تجب الشفعة لان حق البائع لم ينقطع عنها وهى انما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشترى بدليل ان من أقر ببيع داره وجحد المشترى وجبت الشفعة هذا وقد ذكر العمادى فى فصوله خلافا فى حرمة وطئها فقيل يكره ولا يحرم وقيل يحرم وفيه اشارة أيضا الى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لانه كالمبيع كما فى القنية وفى جامع الفصولين حبلت منه صارت أم ولده وعليه قيمتها الا عقرها وقيل عليه عقرها وقيمتها وقيل يجوز للمشترى كل تصرف تجرى فيه الاباحة والا فلا ولم تحل المباشرة كعصير وقعت فيه فأرة يحل بيعه لا مباشرته نحو أكله اه وفى القنية اعتاق البائع المبيع بعد قبض المشترى بغير حضرته باطل وبحضرته صحيح ويكون فسخا اه وهو تخصيص لقولهم ان اعتاقه باطل وفى الظهيرية من باب نكاح العبد والامة باع جارية بيعا فاسدا وقبضها المشترى ثم تزوجها البائع لم يجز اه ولو لم يقبضها المشترى فزوجها البائع للمشترى يصح كذا فى القنية اه أقول يشكل حينئذ ما نقلناه عن الجوهرة من قطع يده بسرقة المبيع فان القطع يقتضى أن لا ملك له فيه ولا شبهة وقولهم بعدم صحة نكاحها للبائع يقتضى بقاء ملكه أو شبهته فينبغى أن لا يقطع البائع للشبهة وقد ذكره فى السراج الوهاج أيضا ولم أره لغير الحدادى والظاهر انه قاله تفقها من عنده لا على انه نقل المذهب فانه قال ومن فوائد قوله ملكه انه لو سرقه البائع بعد قبض المشترى قطع به والله أعلم بالصواب وقيد الملك للمشترى فى فتح القدير بان لا يكون فيه خيار شرط لانه يمنع الملك فى الصحيح فكذا فى الفاسد وفى جامع الفصولين يثبت فيه خيار الشرط والرؤية والمراد بالقيمة فى كلام المصنف بدل المبيع ليشمل ما اذا كان مثليا فانه يملكه بمثله والقيمة انما هى فى القيمى والقول فيهما للمشترى مع يمينه لكونه منكرا للضمان والبينة للبائع كذا فى الجوهرة ولما رتب القيمة على القبض دل على ان مراده ملكه بقيمته يوم قبضه ولو ازدادت قيمته فى يده فاتلفه لم يتغير كالغصب وقال محمد رحمه الله تعالى قيمته يوم أتلفه لانه بالاتلاف يتقرر كذا فى الكافى ولكن قال فى جامع الفصولين لو قال البائع أبرأتك عن القن ثم مات عند المشترى برئ اذ القيمة تجب بهلاك المبيع وقبله لا يصح الابراء اما لو أبرأه عن القن فقد أخرجه عن كونه مضمونا وعلى هذا لو أبرأ الغاصب عن القيمة حال قيام المغصوب لم يصح ولو أبرأه عن المغصوب صح اه فعلى هذا لا تجب القيمة الا اذا تعذر رده على البائع بموت أو غيره وفى السراج الوهاج وهذا ظاهر نصوص الاصحاب وفى بعض الحواشى انما تجب القيمة اذا هلك اه وأما ايداع المشترى من البائع فغير صحيح قال فى القنية قبض الكرباس فى البيع الفاسد بامره وقطعه ثم أودعه البائع وهلك فى يده هلك منه وعلى المشترى نقصان القطع وفيها وكل مبيع ببيع فاسد رده المشترى على البائع بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كالوديعة والاجارة والاعارة والغصب والشراء ووقع فى يد البائع فهو متاركة للبيع وبرئ المشترى من ضمانه اه وكذا لو اشتراه وكيل البائع برئ المشترى اذا سلمه اليه وكذا لو رده

(قوله ولكن قال فى جامع الفصولين لو قال الخ) أسقط منه ما يتوقف عليه فهم الحكم ونص عبارته هكذا ولو قنا فتقابضا ثم أبرأه بائعه عن قيمته ثم مات القن يلزم قيمته ولو قال أبرأتك عن القن الى آخره (قوله وفى بعض الحواشى انما تجب قيمته اذا هلك) قال الرملى لا يذهب عليك ان مرادهم بالهلاك هنا الهلاك حقيقة أوما فى معناه من تعذر الرد والا يلزم الاضرار بالبائع حيث تعذر الرد لانه لم يهلك حقيقة فلا تجب عليه قيمته ولا يجوز رده مع التعذر وأمره بالتربص الى الهلاك مناف للشرع فتعين القول بوجوب القيمة عند تعذر الرد اما بالهلاك أو غيره كما هو ظاهر من كلامهم تأمل

(قوله وذكر الزيلعي ان اللام بمعنى على الخ) قال في النهر ولكل منهما فسخه دفعا للفساد كذا في الهداية وهذا يقتضي ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد منهما فسخه غير انه أراد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه كذا في الفتح وجعل الشارح اللام بمعنى على ومنه وان أسأتم فلها وكان صاحب الهداية أراد هذا المعنى فعلل بما سمعت وعليه فليس التعليل أخص من الدعوى وبه عرف ان هذا الجعل لابد منه في كلام الهداية وهو الارجح في كلام المصنف لانه وان جاز أن يريد بيان ثبوت ولاية الفسخ الا انه حينئذ يكون ساكتا عن افادة وجوبه وعلى ذلك الجعل يكون كلاما مفيدا للشيئين اذ الوجوب قدر زائد على ثبوت الولاية فتدبره (قوله ١٠٢ واعلم ان قوله لمن له منفعة الشرط الخ) أصله لابن الكمال حيث قال في الاصلاح بقي ههنا احتمال آخر وهو ان يكون الفساد لشرط زائد ومن له الشرط غير العاقدين وينتظمه تصوير قاضيخان المسئلة في فتاواه اه وقال في النهر بعد ذكره ما في الهداية وعلله في الذخيرة بانه يقدر على اسقاط الشرط فيصح

الى البائع برهن وكذا في بيع موقوف بان غصب قنا فباعه من رجل ثم شراه غاصبه بأقل مما باع يكون فسخا للبيع الاول والزيادة للمشتري لا لغاصبه ولا لمالكه وعن محمد شراه بدراهم فاسدا ثم باعه بدنانير من بائعه يكون فسخا اذا قبض لا قبله كذا في جامع الفصولين ثم قال الاصل ان المستحق بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة أخرى انما يعتبر واصلا بجهة مستحقة لو وصل اليه من المستحق عليه أما اذا وصل من جهة غيره فلا حتى ان المشتري فاسدا اذا وهب المشتري من غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل من البائع الاول وسلمه لا يبرأ المشتري عن قيمته ولم تعتبر العين واصلا الى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى والمهر لو عينا فوهبته من غير زوجها وهو وهبه من زوجها ثم طلقها قبل الدخول فلزوجها نصف قيمة العين عليها ولو وهبته من زوجها لا يرجع عليها بشئ اه

ولكل منهما فسخه

(قوله ولكل منهما فسخه) أي يجوز لكل من البائع والمشتري في البيع الفاسد فسخه رفعا للفساد وذكر الزيلعي ان اللام بمعنى على لان رفع الفساد واجب عليهما ولا حاجة اليه لانه حكم آخر وانما مراده بيان ان لكل منهما ولاية الفسخ دفعا لتوهم انه اذا ملك بالقبض لزم فان كان قبل القبض فلكل ذلك بعلم صاحبه لا برضاه وان كان بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك وان كان بشرط زائد كالبيع الى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لاحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن له منفعة الشرط ولم يشترط أبو يوسف علم الآخر واقتصر في الهداية على قول محمد ولم يذكر خلافا واعلم ان قوله لمن له منفعة الشرط يقتضي ان للمعقود عليه الآدمي أن يفسخه اذا كان الشرط له كما قدمناه وهو بعيد لقولهم لكل منهما فسخه فليتأمل وفي القنية رده المشتري بفساد البيع فلم يقبله فاعاده المشتري الى منزله فهلك عنده لا يلزمه الثمن ولا القيمة وقيده ابن سلام بان يكون فساد البيع متفقا عليه فان كان مختلفا فيه لا يبرأ الا بقبوله أو قضاء القاضي وقال أبو بكر الاسكاف يبرأ في الوجهين وما قاله ابن سلام أشبه كخيار البلوغ وفسخ الاجارة للعذر اه وفيها تبايعا فاسدا ثم مات أحدهما فلورثته النقض اه وفي البزازية باع منه صحيحا ثم باعه فاسدا منه انفسخ الاول لان الثاني لو كان صحيحا ينفسخ الاول به فكذا لو كان فاسدا لانه ملحق بالصحيح في كثير من الاحكام وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسدا تنفسخ الاجارة كما اذا باعه صحيحا اه

العقد واذ فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد والعقد اذا كان غير لازم يتمكن كل من فسخه اه وهذا يفيد اختصاص المنفعة الموجبة للاستقلال بالفسخ بالمتعاقدين اه (قوله فاعاده المشتري الى منزله الخ) قال في الخانية في فصل فيما يخرجه عن الضمان في البيع الفاسد والمكروه ما نصه المشتري شراء فاسدا اذا جاء بالمبيع الى البائع فلم يقبله البائع فاعاده المشتري الى منزله فهلك لا يضمن وان كان المشتري ثم وضعه بين يدي البائع أو المغصوب منه فلم يقبله ثم حمله الى منزله فهلك كان ضامنا في الغصب والبيع الفاسد وقال بعضهم ان كان فساد البيع غير مختلف فيه فالجواب كذلك وان كان مختلفا فيه فجاء به الى البائع فلم يقبله البائع فاعاده الى منزله فهلك لا يبرأ عن الضمان والصحيح انه يبرأ في الوجهين الا اذا وضع بين يديه فلم يقبل فذهب به الى منزله فهلك فانه يكون ضامنا لانه يصير غاصبا غصبا مبتدأ اه ومن المقرر ان تصحيح قاضيخان مقدم على غيره لانه فقيه النفس وهو مبني على ان التخلية قبض وقدم أول الباب اختلاف التصحيح فيها وان قاضيخان وصاحب الخلاصة صححا انها قبض

ثم قال ولو باع فاسدا وسلم ثم باع من غيره وادعى ان الثاني كان قبل فسخ الاول وقبضه وزعم المشتري الثاني انه كان بعد الفسخ والقبض في الاول فالقول له لا للبائع وينفسخ الاول بقبض الثاني ثم قال لومات البائع وعليه دين آخر فالمشتري أحق به من الغرماء كما في الصحيح بعد الفسخ ولومات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء بمالية اه ثم قال ولا يشترط القضاء في فسخ البيع الفاسد اه ولم يذكر المصنف ان للقاضي فسخ الفاسد جبرا علم ما قال في البزازية واذا أصر البائع والمشتري على امساك المشتري فاسدا وعلم به القاضي له فسخه حقا للشرع فبأي طريق رده المشتري الى البائع صار تاركا للبيع وبرئ عن ضمانه اه (قوله الا أن يبيع المشتري) أي فليس لكل منهما فسخه وانما نفذ بيعه لانه ملكه بملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول انما كان لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد فيستويان في المشروعية ولم يحصل بتسليط من الشفيع أراد بالبيع الصحيح لانه لو باعه فاسدا فانه لا يمنع النقض وأطلقه فشمل ما اذا قبضه المشتري الثاني أولا ولكنه مقيد بما اذا لم يكن فيه خيار شرط لانه ليس بلازم وفي البزازية وجامع الفصولين أقام المشتري بينة على بيعه من فلان الغائب لا يقبل فللبائع الاخذ لا لو صدقه فله قيمته اه ولو فسخ البيع بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع ولو رد بعيب بغير قضاء لا يعود حق الفسخ كالو اشتراه ثانيا وسيأتي في الضابط وقيد ببيع المشتري لان البائع لو باعه بعد قبض المشتري وادعى ان الثاني كان قبل فسخ الاول وقبضه وزعم المشتري الثاني انه كان بعد الفسخ والقبض من الاول فالقول له لا للبائع وينفسخ الاول بقبض الثاني كذا في البزازية ويستثنى من لزومه بالبيع مسئلتان الاولى لو باعه لبائعه فقدمنا انه يكون ردا وفسخا للبيع والثانية لو كان فاسدا بالاكراه فان تصرفات المشتري كلها تنقض بخلاف سائر البياعات الفاسدة كذا في البزازية وقيد بالبيع الفاسد احترازا عن الاجارة الفاسدة لما في جامع الفصولين قيل ليس للمستأجر فاسدا أن يؤجره من غيره اجارة صحيحة استدلالا بما ذكر الى آخره وقيل يملكها بعد قبضه كمشتر فاسدا له البيع جائز اوهو الصحيح الا ان للمؤجر الاول نقض الثانية لانها تنفسخ بالاعذار (قوله أو يهب) يعني اذا وهبه المشتري ارتفع الفساد ولا يفسخ لما قدمناه في البيع وشرط في الهداية التسليم فيها لانها لا تفيد الملك الا به بخلاف البيع وفي جامع الفصولين ثم الاصل ان المانع اذا زال كفك رهن ورجوع هبة وعجز مكاتب ورد مبيع على المشتري بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لان هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه في حق الكل اه ولا فرق في الرجوع في الهبة بين القضاء وغيره كما في فتح القدير ثم اعلم ان المشتري فاسدا لا يطيب للمشتري ويطيب لمن انتقل الملك منه اليه لكون الثاني ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول فانه يحل له التصرف فيه ولا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد ولو دخل دار الحرب بامان وأخذ مال الحربي بغير طيبة من نفسه وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ولا يطيب له ويفتى بالرد ويقضى له ولو باعه صح بيعه ولا يطيب للمشتري كما لا يطيب للاول بخلاف البيع الفاسد منه ذلك جاز الشراء وان كان مسيئا الا انه باع ملك نفسه فان فساد السبب لا يمنع ثبوت الملك ثم يؤمر المشتري بمثل ما كان يؤمر به البائع من الرد على أهل الحرب بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا باعه

في حاشية مسكين قيده شيخنا عن شيخه الشيخ شاهين بما اذا مات قبل القبض وأما بعده فهو كسائر الغرماء كما صرحوا بذلك في الحجر اه فان قلت اذا مات المشتري بعد قبض البائع لم يبق له شئ جهة الميت حتى يكون كسائر الغرماء فيه قلت يحمل على ما اذا كان الذي قبضه البائع وهو المسمى دون قيمته فيكون أسوة الغرماء فيما بقي له من تمام القيمة لان الواجب في البيع الفاسد انما هو القيمة لا الثمن هكذا ينبغي أن يفهم هذا والا فهو مشكل اه (قوله على المشتري) أي المشتري شراء فاسدا (قوله فانه يحل له التصرف) قال الرملي صوابه لا يحل (قوله ولا يطيب للمشتري الخ) ذكر الامام السرخسي في شرح السير الكبير في الباب الخامس بعد المائة وان اشترى انسان

الا أن يبيع المشتري أو يهب

من غيره بيعا صحيحا فان الثاني لا يؤمر بالرد وان كان البائع مأمورا به لان الموجب للرد قد زال ببيعه لان وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على المشتري وقد انعدم مثله بالبيع من غيره أما هنا وجوب الرد انما كان لمراعاة ملكهم ولغدر الامان وهذا المعنى قائم في ملك المشتري كما في ملك البائع الذي أخرجه فلهذا يفتى بالرد كما يفتى به البائع اه ملخصا وقال بعده في الباب الثاني والستين بعد المائة فان لم يرده بعد ما أفتى به وأراد بيعه يكره للمسلمين أن يشتروا ذلك منه لانه ملك خبيث بمنزلة المشتري فاسدا اذا أراد بيع المشتري بعد القبض يكره شراؤه منه وان كان مالكا نفذ فيه بيعه وعتقه لانه ملك حصل له بسبب حرام شرعا اه وهذا مخالف لما هنا وقد يجاب بان ما أخرجه من دار الحرب لما وجب رده على المشتري أيضا تمكن فيه الخبث فلم يطب له بخلاف المشتري فاسدا فلذا طاب له وان شراؤه مكروها تأمل (قوله ولم أر من صرح بالتدبير) قال في النهر وأقول قد رأيته ولله تعالى الحمد قال في السراج ما لفظه وان كان المبيع عبدا فاعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتدبيره وكذا اذا كانت

جارية استولدها صارت أم ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع وفي رواية أخرى يرد العقر واتفقت الروايات انه ان وطئها المشتري ولم تعلق منه انه يرد الجارية والعقر اه

أو يحرر

(قوله ليس بصحيح) قال في النهر والظاهر ان ما في الفصول رواية (قوله قال في السراج الوهاج انه لا ينفسخ) يوافقه ما في الفتح حيث قال فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة فاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق

كذا ذكره الاسبيجابي (قوله أو يحرر) أي يعتق المشتري العبد لما قدمناه وتوابع الاعتاق كهو من التدبير والاستيلاد والكتابة صرح في جامع الفصولين بالاستيلاد فقال اذا حبلت منه صارت أم ولده وصرح الشارح وغيره بالكتابة ولم أر من صرح بالتدبير واذا عجز المكاتب زال المانع من الاسترداد وأشار بالتحرير الى الوقف ولكن قال في جامع الفصولين فلو وقفه أو جعله مسجدا لا يبطل حقه ما لم يبن اه فعلم ان الوقف ليس كالتحرير وينبغي أن يحمل على ما قبل القضاء به أما اذا قضى به فانه يرتفع الفساد للزومه والظاهر ان ما في جامع الفصولين تبعا للعمادي ليس بصحيح فقد قال الامام الخصاف في أحكام الاوقاف لو اشترى أرضا بيعا فاسدا وقبضها ووقفها وقفا صحيحا وجعل آخرها للمساكين فقال الوقف فيها جائز وعليه قيمتها للبائع من قبل انه استهلكها حين وقفها وأخرجها عن ملكه اه وهكذا في الاسعاف ولم يذكر المؤلف من التصرفات القولية غير ذلك ففاته الرهن لانه من العقود اللازمة فيمنع حق الرد فاذا فك أو فسخ قبل القضاء بالقيمة عاد حق الاسترداد وفاته أيضا الوصية فاذا وصى به المشتري ثم مات سقط الفسخ لان المبيع انتقل عن ملكه الى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه بخلاف ما اذا مات المشتري فان لوارثه الفسخ وللبائع أيضا لان الوارث قائم مقام المورث كذا في السراج الوهاج قالوا كل تصرف قولي فانه يمنع الفسخ الا الاجارة والنكاح فلا يمنعانه لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من الاعذار والنكاح ليس فيه الاخراج عن الملك ولكن اذا ردت الجارية الى البائع وانفسخ البيع هل ينفسخ النكاح قال في السراج الوهاج انه لا ينفسخ لانه لا يفسخ بالاعذار وقد عقده المشتري وهي على ملكه اه ويشكل عليه ما ذكره الولوالجي من الفصل الاول من كتاب النكاح لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فان النكاح يبطل في قول أبي يوسف وهو المختار لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض

الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو تزوجها من البائع نعم يصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها معه بيتا غير انه ان ظفر بها له وطؤها اه وهو صريح بعدم الانفساخ وصرح به أيضا في غاية البيان عن التحفة وفي التبيين ومثله في المجتبى حيث قال الا الاجارة وتزويج الجارية لكن الاجارة تنفسخ بالاسترداد دون النكاح اه وقال في التاتارخانية نقلا عن نوادر ابن سماعة وعنه أيضا فيمن اشترى جارية شراء فاسدا وقبضها المشتري وزوجها من رجل ثم فسخ البيع بينهما بحكم الفساد وأخذها البائع مع ما نقصها التزويج ثم ان الزوج طلقها قبل الدخول بها كان على البائع أن يرد على المشتري مثل ما أخذ من النقصان قال ألا ترى انه لو لم يكن نقصان تزويج ولكن ابيضت احدى عينيها في يد المشتري ثم ان المشتري ردها ورد معها نصف القيمة ثم ذهب البياض وعاد الى الحال الاولى فان البائع يرد على المشتري ما أخذ من نصف القيمة وطريقه ما قلنا اه ففيه مع افادة بقاء النكاح فائدة أخرى فهذه نصوص كتب المذهب موافقة لما قاله في السراج (قوله لو زوج الجارية المبيعة الخ) الظاهر ان المراد المبيعة بيعا صحيحا أو أعم

(قوله أو يظهر بينهما فرق) الظاهر ان الفرق موجود لان كلام الولوالجى فيما قبل القبض وكلام السراج فيما بعض القبض المفيد للملك بدليل قوله وقد عقده المشترى وهى على ملكه وفرق ما بينهما يدل عليه قول الولوالجى لان البيع متى انتقض الخ فقيد انتقاضه من الاصل بما اذا انتقض قبل القبض ومفهومه انه لو انتقض بعد القبض لا ينتقض من الاصل ثم رأيت

في حاشية الرملي على منح الغفار العجب من ذلك مع ان ما في السراج فيما عقد بعد القبض وما في الولوالجية قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل باحدى العبارتين على الاخرى ولئن كان كلام السراج في البيع الفاسد وكلام الولوالجى في مطلق البيع فقد تقرر ان فاسد البيع كجائزه في الاحكام

من الاصل معنى فصار كانه لم يكن فكان النكاح باطلا اهـ الا أن يحمل ان ما فى السراج قول محمد أو يظهر بينهما فرق (قوله أو يبنى) أى اذا بنى المشترى فاسدا فعليه القيمة عند أبى حنيفة رواه عنه يعقوب فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية وقال أبو يوسف ومحمد انه ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لم تبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف ولم يذكر المؤلف من الافعال الحسية الا البناء قالوا ومتى فعل المشترى بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك فى الغصب ينقطع به حق البائع فى الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولم يذكر أيضا ما اذا زاد المبيع أو نقص الا الزيادة بالبناء وفى جامع الفصولين زوائد المبيع فاسدا لا تمنع الفسخ الا متصلة لم تتولد كصبغ وخياطة ولت سويق ولو منفصلة متولدة تضمن بالتعدى لا بدونه ولو هلك المبيع لا المتولدة فللبائع أخذ الزوائد وقيمة المبيع ولو منفصلة غير متولدة فله أخذ المبيع مع هذه الزوائد ولا تطيب له ولو هلكت فى يد المشترى لم يضمن ولو أهلكها ضمن عندهما لا عند أبى حنيفة ويماثلها زوائد الغصب ولو هلك المبيع لا الزوائد فهى للمشترى بخلاف المتولدة كما يفترقان فى الغصب فيضمن قيمة المبيع فقط وأما حكم نقصانه فلو نقص فى يد المشترى بآفة سماوية فللبائع أخذه مع ارش نقصه وكذا لو بفعل المشترى أو المبيع ولو بفعل البائع صار مستردا حتى لو هلك عند المشترى ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع ولو بفعل أجنبى يخير البائع ان شاء أخذه من المشترى وهو يرجع على الجانى وان شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى كالغصب اهـ (قوله وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن) أى للمشترى المنع بعد فسخ البيع لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن أشار المؤلف الى أن البائع اذا مات كان المشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن والى انه لو استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا للعقد الجائز اذا تفاسخا وكذا لو مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما فى يده من العين من سائر الغرماء والى ان الثمن لو لم يكن منقودا للبائع وانما كان دينا له على المشترى فليس له الحبس قالوا ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد باذن البائع فاراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشترى ان يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح وله أن يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستاجر

أو يبنى وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن

فتأمل اهـ (قوله وفى جامع الفصولين) أى من الفصل الثلاثين فى التصرفات الفاسدة (قوله ولو هلك المبيع لا المتولدة الخ) قال الرملى ولو كان على عكسه بان هلكت المتولدة لا المبيع يرد المبيع ولا يضمن الزيادة ولو استهلك الزيادة ضمنها ويرد المبيع تأمل (قوله وأما حكم نقصانه فلو نقص

فى يد المشترى الخ) قال الرملى فلو أراد المشترى رده مع ارش نقصه وأبى البائع هل يجبر البائع الجواب انه يجبر قال فى جامع الفصولين حينئذ لو قطع ثوبا شراه فاسدا ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لوصوله الى ربه الاقدر نقصه فوقع عن الرد المستحق قال هذا التعليل اشارة الى ان المبيع بيعا فاسدا اذا نقص فى يد المشترى لا يبطل حقه فى الرد اذ لو بطل لما كان الرد مستحقا عليه اهـ فهو كما ترى ناطق بما اجبنا (قوله وانما كان دينا له على المشترى) العبارة

مقلوبه والصواب وانما كان دينا عليه للمشترى (قوله بخلاف الصحيح) هنا سقط من النسخ والعبارة فى الزيلعى بعده هكذا وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستأجر العبد ثم فسخ المؤجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد الخ وقوله بخلاف الصحيح يعنى لو كان البيع صحيحا او الاجارة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يستوفى الدين الذى كان له على البائع كذا نقل عن حاشية الزيلعى وفى جامع الفصولين عن الخانية شرى من مديونه فاسدا ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه وكذا لو أجر من دائنه اجارة فاسدة ولو كان عقد البيع او الاجارة جائزا ثم فسخ فله الحبس لدينه (قوله والفرق) أى الفرق بين العقد الصحيح والفاسد (قوله لان الخبث فى الاول) أى فى الفاسد وقوله فى الثانى أى فى الغصب وتوضيحه فى شروح الهداية وعبارة ايضاح الاصلاح لابن الكمال والاصل فيه ان المال نوعان نوع لا يتعين فى العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كالعروض والخبث ١٠٦ أيضا نوعان أحدهما باعتبار عدم الملك والثانى لفساد الملك فالخبث باعتبار عدم الملك كما فى المغصوب يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين وشبهة الخبث فيما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد لان ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق العقد به بل يتعلق بما فى الذمة وانما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم انعدم الطيب لعدم الملك فى المالين جميعا والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لان الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا تصدق الذى أخذ المبيع بالربح ولم يتصدق الذى أخذ الثمن به اهـ (قوله ثم اعلم ان قولهم الخ) قال فى النهر وهذا النقد انما يتم على رواية عدم تعين النقد وقد مر ان رواية التعين هى الاصح وحينئذ فالاصح وجوب التصدق على البائع بما ربح غير ان التفصيل الواقع فى الكتاب هو صريح الرواية فى الجامع الصغير وحينئذ فالاصح ان الدراهم لا تتعين فى الفاسد كذا فى الفتح ملخصا قال صدر الشريعة ويمكن التوفيق بان لهذا العقد شبهين شبها بالغصب وشبها بالبيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبهة الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيأ يعتبر شبهة البيع حتى لا يسرى الفساد الى بدله قال يعقوب باشا هذا التوفيق انما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه ما يرد عليها فالمناسب أن يقال ان كلام صاحب الهداية فى المسئلة الاخيرة على الرواية الصحيحة لا على الاصح وهى انها تتعين فى البيع الفاسد كما يشير اليه فى العناية الا أن يقال مراد القائل بالتعين الذى هو الاصح التعيين فى صورة كونها قائمة لا تعيينها مطلقا لكنه فى الفاسد خلاف ما صرحوا به اهـ وعبارته فى العناية هذا انما يستقيم على

وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى

الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق والفرق ان البيع اذا أضيف للدراهم لا يتعلق الملك فى الثمن بمجرد العقد فاذا وجب للمديون على المشترى مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البائع مستوفيا ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر بما لو استوفاه حقيقة وثم للمشترى حق حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن فكذا هذا وفى الفاسد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة قبل القبض غير مقررة لاحتمالها السقوط كل ساعة بالفسخ ولان القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشترى على البائع مقرر والمقاصصة انما تكون عند استواء الواجبين وصفا ولذا لا تجب المقاصصة بين الحال والمؤجل والجيد والردىء واذا لم تقع المقاصصة لم يصر البائع مستوفيا الثمن أصلا فلا يكون للمشترى حق حبس المبيع بعد فسخ البيع ولو كان الرهن باطلا بان استقرض الفا ورهن أم ولد أو مدبرا له أن يسترد قبل قضاء الدين لعدم الانعقاد والكل من الكافى شرح الوافى والى ان الثمن لو كان دراهم وهى قائمة فانه يأخذها بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا كذا فى الهداية (قوله وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) أى طاب للبائع ما ربحه فى ثمن الفاسد ولا يطيب للمشترى ربح المبيع فلا يتصدق الاول ويتصدق المشترى والفرق ان المبيع مما يتعين فتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه والنقد لا يتعين فى عقود المعاوضات فلم يتعلق العقد الثانى بعينه فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق قيد بالبيع الفاسد لان ما ربحه الغاصب والمودع بعد أداء الضمان لا يطيب له مطلقا عندهما خلافا لابى يوسف لان الخبث فى الاول لفساد الملك وفى الثانى لعدمه لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها ثم اعلم ان قولهم تبعا لما فى الجامع الصغير ان الربح يطيب للبائع فى الثمن النقد دليل على ان

الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين قال في الحواشي السعدية وفيه بحث فان عدم التعيين سواء كان في المغصوب أو ثمن البيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعيينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه وقد أخذ صاحب البحر قول يعقوب باشا الا أن يقال الخ اهـ وما أجاب به في السعدية ذكره الرملي قبل اطلاعه عليه وقال وأنا في عجب عجيب من فهم هؤلاء الاجلاء التناقض من مثل هذا مع ظهوره فانه بمنزلة النقود لا تتعين في العقود الفاسدة ولا شك ان المشتري شراء صحيحا بما قبضه في الفاسد اذا ربح فقد ربح بعقد صحيح شرعي خال عن الشبهة لعدم تعين ذلك النقد في ذلك العقد (قوله وظاهر اطلاقهم خلافه) قال في النهر وأقول قد صرحوا في الاقرار بان المقر له اذا كان يعلم ان المقر كاذب في اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه أما لو اشتبه الامر عليه حل له الاخذ عند محمد خلافا لابي يوسف كما سيأتي وحينئذ فلا يطيب له ربحه ويحمل كلامه هنا على ما اذا ظن ان عليه دينا بارث من أبيه مثلا ثم تبين ان وكيله أو وفاه لابيه فتصادقا أن لا دين حينئذ يطيب له وهذا فقه حسن فتدبره اهـ ونقله عنه الرملي وأقره (قول المصنف والسوم على سوم غيره) قال الرملي لا يخفى عليك

ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها اياه ثم تصادقا انه لا شئ له عليه طاب له ربحه وكره النجش والسوم على سوم غيره

النقد لا يتعين في البيع الفاسد على الاصح وقولهم انه يتعين على الاصح يخالفه فان اعتبر تصحيح التعيين فحينئذ يجب التصدق على البائع والرواية بخلافه ولم أر من أوضحه من الشارحين وقد ظهر لي أنه لا منافاة بينهما فقالوا فيما مضى انه يتعين على الاصح بالنسبة الى وجوب رده بما أخذه وقالوا هنا لا يتعين أي بالنسبة الى أنه يطيب له ما ربحه فهو متعين من جهة فساد الملك كالمغصوب وغير متعين من جهة ان فاسد المعاوضات كصحيحها فاعتبر والوجه الاول في لزوم رده عين المقبوض والثاني في حل ربحه وانما لم يعكس لدليل أبي يوسف الخراج بالضمان ومعناه كما في الفائق والقاموس غلة العبد للمشتري اذا رده بعد الاطلاع على العيب بسبب أنه في ضمانه اهـ (قوله ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها اياه ثم تصادقا انه لا شئ له عليه طاب له ربحه) أي ما ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين ألا ترى انه لو باع عبدا بجارية فاعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وكذا لو حلف أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لم يحنث الحالف لان المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق ولا يحنث الحالف بالاستحقاق وفي فتح القدير واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدلا عما يزعم انه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا الكذب فدفع اليه لا يملكه أصلا لانه متيقن لانه لا ملك له اهـ وظاهر اطلاقهم خلافه لان المنظور اليه وجوبه بالتسمية لا زعم المدعي ويدل عليه مسئلة الحالف فانه لو غصب دراهم وقضى بها دينه ثم تبين انها مغصوبة فانه لا حنث عليه وكذا لو غصب عبدا وباعه بدينه (قوله وكره النجش) شروع في مكروهات البيع ولما كان المكروه دون الفاسد أخره وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم كذا في فتح القدير وقد بحث هنا بحثا لا طائل تحته تركته عمدا وقد تقرر في الاصول ان كل منهي عنه قبيح فان كان لعينه أفاد بطلانه وان كان لغيره فان كان لوصف كبيع الربا والبيع بشرط مفسد أفاد فساده وان كان لمجاور كهذه البيوع المكروهة أفاد كراهة التحريم مع الصحة والنجش بفتحتين ويروى بالسكون ان تسام السلعة بازيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه وكذلك في النكاح وغيره ولا تناجشوا لا تفعلوا ذلك وأصله من نجش الصيد وهو اثارته كذا في المغرب وفي القاموس النجش ان تواطئ رجلا اذا أراد بيعا ان تمدحه أو ان يريد الانسان ان يبيع بياعة فتساومه بها بثمن كثير لينظر اليك ناظر فيقع فيها أو ان تنفر الناس عن الشئ الى غيره واثارة الصيد والبحث عن الشئ واثارته والجمع والاستخراج والانقاذ والاسراع كالنجاشة بالكسر اهـ وحديث النهي لا تناجشوا في الصحيحين وقيده أصحابنا كما في الجوهرة بما اذا كانت السلعة اذا بلغت قيمتها أما اذا لم تبلغ فلا منع منه لانه نفع للمسلم من غير اضرار باحد (قوله والسوم على سوم غيره) للحديث لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة واذا لم يركن أحدهما على الآخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في

النكاح أيضا وفي القاموس السوم في المبايعة كالسوام بالضم سمت بالسلعة وساومت بالسلعة واستمت بها وعليها غاليت واستمته اياها وعليها سألته سومها اهـ (قوله وتلقي الجلب) لحديث الصحيحين عن ابن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد فقلت لابن عباس ماقوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسار وللتلقي صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ومحل النهي عندنا اذا كان يضر باهل البلد أو يلبس أما اذا انتفيا فلا بأس به وفي المغرب جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب اهـ (قوله وبيع الحاضر للبادي) لما تقدم من النهي وهو مقيد كما في الهداية بما اذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم أما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر وفسره في الاختيار بان يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب اهـ فعلى الاول الحاضر مالك بائع والبادي مشتر وعلى الثاني الحاضر سمسار والبادي صاحب السلعة ويشهد للثاني آخر الحديث دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضا ولذا قال في المجتبى هذا التفسير أصح ذكره في زاد الفقهاء لموافقة الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة فالمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن نكتة نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود أن لا يكون له سمسار فنهى عنه بالسمسار كذا في فتح القدير (قوله والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة وفي الهداية كل ذلك يكره ولا يفسد به البيع لان النهي لمعنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة أطلقه فشمل ما اذا تبايعا وهما يمشيان اليها وما في النهاية من عدم الكراهة مشكل لاطلاق الآية فمن جوزه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ وهو لا يجوز بالرأي كذا ذكره الشارح (قوله لا بيع من يزيد) أي لا يكره لما قدمناه من عدم الاضرار وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه (قوله ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين صغيرين أخوين ثم قال له مافعل الغلامان فقال بعت أحدهما قال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبي صلى الله عليه وسلم عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولذا قيد بذي الرحم المحرم أي المحرم من جهة الرحم والا يرد عليه ابن العم اذا كان أخا من الرضاع فانه رحم محرم وليس له هذا الحكم وأطلقه فشمل الصغير والكبير ولابد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره فلا بأس ببيع أحدهما ولو قال المصنف الا اذا كان التفريق بحق مستحق لكان أولى لانه حينئذ يجوز التفريق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به كذا في الهداية ومن التفريق بحق ما في المبسوط

وتلقي الجلب وبيع الحاضر للبادي والبيع عند أذان الجمعة لا بيع من يزيد ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه

انه تدخل فيه الاجارة اذ هي بيع المنافع وهي واقعة الفتوى (قوله وفسره في الاختيار الخ) قال الرملي ويشهد لصحة التفسير الاول ما في الفصول العمادية عن أبي يوسف لو أن اعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك باهل الكوفة قال أمنعهم عن ذلك قال ألا ترى ان أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى اهـ من الغزي (قوله دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضا) كذا في بعض النسخ وفي بعضها يرزق الله بعضهم من بعض والذي رأيته في الفتح يرزق بعضهم من بعض بدون لفظ الجلالة وفي حاشية الرملي عن ابن حجر الهيتمي وقع لشارح انه زاد في غفلاتهم ونسبه

ذمي له عبد له امرأة أمة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه اه ولا يرد على المصنف التفريق باعتاق أحدهما بمال أو بغيره أو تدبيره أو استيلاد الامة أو كتابة أحدهما فانه جائز لان مراده منع التفريق بالبيع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من أسباب الملك كما في الجوهرة اذ لو منع عن الكل لصار المالك محجورا عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا وكذا لا يرد عليه ما لو كان في ملكه ثلاثة أحدهم صغير فان له بيع أحد الكبيرين لان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث وفي الكفاية اجتمع له عدد من أقاربه لا يفرق بينه وبين واحد ان اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل والصحيح في المذهب انه اذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحدا منهم ولو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام لان شفقة الام تغني عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعوا الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه أخوان أو اخوة كبارا فالصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند الاتحاد في الجهة والدرجة أحدهما يغني وكذا لو ملك ستة اخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ماسواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام كذا في فتح القدير وكذا لا يرد عليه ما اذا كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فانه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة عنه وكذا لا يرد ما اذا باعه ممن حلف بعتقه ان اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الاعتاق فهذه عشرة مسائل يجوز فيها التفريق ولا بأس بسردها دفع أحدهما بجناية وبيعه بدين ورده بعيب واذا كان المالك كافرا واعتاقه وتدبيره واستيلادها وكتابته وبيعه ممن حلف بعتقه وبيع واحد من ثلاثة بالشرط السابق والحادية عشر اذا كان الصغير مراهقا ورضيت أمه ببيعه فانه يجوز كما في فتح القدير ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت انه ابنها لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما احتياطا ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد فانه يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه ولو كان في يده صبي واشترى أمه بشرط الخيار له ردها اتفاقا لعدم الملك عنده ولدفع الضرر عنه عندهما (قوله بخلاف الكبيرين والزوجين) لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا كبيرتين أختين ولا يدخل الزوجان لان النص ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده فان فرق في موضع المنع كره وجاز العقد وعن أبي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه لا يجوز في الجميع لان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهية لمعنى مجاور فشابه كراهية الاستيام وفي الجوهرة وكل ما يكره من التفريق في البيع

بخلاف الكبيرين والزوجين

لمسلم وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة في مسلم بل ولا في كتب الحديث كما قضى به سبرما بايدي الناس منها اه (قوله ورضيت أمه ببيعه) عبارة الفتح لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه

يكره فى القسمة فى الميراث والغنائم اه والله تعالى أعلم

﴿باب الاقالة﴾

المناسبة ظاهرة وهى شاملة لكل عقد بيع صحيحا كان أو مكروها فيفسخ اقالة بالتراضى وان كان واجبا فى المكروه تحريما دفعا للمعصية أو فاسدا فيفسخ بدون التراضى امامن أحدهما أو من القاضى جبرا كما قدمناه فاشترك المكروه والفاسد فى وجوب الدفع والكلام فيما يقع فى عشرة مواضع الاول فى معناها لغة والثانى فى معناها شرعا والثالث فى ركنها والرابع فى شروطها والخامس فى صفتها والسادس فى حكمها والسابع فيمن يملكها ومن لا يملكها والثامن فى بيان دليلها والتاسع فى سببها والعاشر فى محاسنها أما الاول فقال فى القاموس قلته البيع بالكسر واقلته فسخته واستقاله طلب اليه أن يقيله وتقايل البيعان وأقال الله عثرتك وأقالكها اه ذكرها فى القاف مع الياء وفى المصباح أقال الله عثرته اذا رفعه من سقوطه ومنه الاقالة فى البيع لانها رفع العقد وقاله قيلا من باب باع لغة واستقاله البيع فأقاله اه وبهذا ظهر انها لم تكن مشتقة من القول وان الهمزة للسلب أى أزال القول الاول كما ذكره الشارح وانما هى من القيل وأما معناها شرعا فهى رفع العقد كذا ذكره فى الجوهرة وهو تعريف للاعم من اقالة البيع والاجارة ونحوهما وان أردت خصوصها فقل رفع عقد البيع وأما الطلاق فهو رفع قيد النكاح لا رفع النكاح وأما ركنها فالايجاب والقبول الدالان عليها بلفظين ماضيين أو أحدهما مستقبلا والآخر ماضيا كاقلنى فقال أقلتك عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالنكاح وقال محمد لا تنعقد الا بماضيين كالبيع كذا فى البدائع وقد يكون القبول بالفعل كما لو قطعه قميصا فى فور قول المشترى أقلتك وتنعقد بفاسختك وتركت وتاركتك ودفعت وتنعقد بالتعاطى كالبيع كما فى الخانية والخلاصة وفى البزازية ينعقد به كالبيع من أحد الجانبين وهو الصحيح وأما شرائط صحتها فمنها رضا المتعاقدين لان الكلام فى رفع عقد لازم وأما رفع ماليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه ومنها بقاء المحل لما سيأتى ان المبيع اذا هلك لم تصح الاقالة ومنها قبض بدلى الصرف فى اقالة الصرف أما على قول أبى يوسف فظاهر لانها بيع وأما على أصلهما فلانها بيع فى حق ثالث وهو حق الشرع ومنها ان يكون المبيع قابلا للفسخ بخيار من الخيارات فلو ازداد زيادة تمنع الفسخ لم تصح الاقالة خلافا لهما ولا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح اقالة الوارث والوصى ولا تصح اقالة الموصى له كما فى القنية ومنها اتحاد المجلس وعليه يتفرع ما فى القنية جاء الدلال بالثمن الى البائع بعد ما باعه بالامر المطلق فقال البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشترى فقال أنا لا أزيده أيضا لا ينفسخ لانه ليس من ألفاظ الفسخ لان اتحاد المجلس فى الايجاب والقبول شرط فى الاقالة ولم يوجد اه ومنها أن لا يهب البائع الثمن للمشترى قبل قبضه فى شراء المأذون فلو وهبه له لم تصح الاقالة بعدها كما فى خزانة المفتين ومنها أن لا يكون البيع بالكثير من القيمة فى بيع الوصى فان كان لم تصح اقالته كما فيها أيضا وأما صفتها فهى مندوب اليها للحديث من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة وقدمنا انها تكون واجبة اذا كان عقدا مكروها وينبغى أن تكون واجبة اذا كان البائع غارا للمشترى وكان الغبن يسيرا وانما قيدنا باليسير لان الغبن الفاحش يوجب الرد ان غره البائع على الصحيح كما سيأتى ان شاء الله تعالى وأما حكمها فاختلف فيه على أقوال فقال الامام الاعظم انها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث

وقال

﴿باب الاقالة﴾

(قوله كما قدمناه) أى قبيل قول المصنف الا أن يبيع المشترى (قوله وأما حكمها فاختلف فيه الخ) قال فى الجوهرة ان كانت قبل القبض فهى فسخ اجماعا وان كانت بعد القبض فهى فسخ عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله هى بيع وقال محمد ان كانت بالثمن الاول أو باقل فهى

﴿باب الاقالة﴾

فسخ وان كانت بأكثر أو بجنس آخر فهى بيع ولا خلاف بينهم انها بيع فى حق الغير سواء كانت قبل القبض أو بعده وقال زفر هى فسخ فى حقهما وحق الغير اه وفى العناية والاقالة فى المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع وأما فى غيره كالعقار فانه فسخ عند أبى حنيفة ومحمد وأما عند أبى يوسف فبيع لجواز البيع فى العقار قبل

القبض عنده اهـ فظهر ان قول الجوهرة ان كانت قبل القبض فهي فسخ اجماعا محمول على المنقول وقولها ولا خلاف بينهم الخ يخالفه قول الزيلعي وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا فتأمله وبما نقلناه يظهر لك ما في كلام المؤلف من حكاية الاقوال اذ لا يظهر من كلامه فرق بين قول محمد وقول زفر فالصواب أن يحذف من قول محمد قوله في حق الكل لان جعلها بيعا في حق الثالث اتفق عليه الثلاثة كما صرح به في النهر وهو مستفاد مما قدمناه (قوله الخامسة الوكيل بالسلم) قال الرملي وعليك أن تتأمل ما في الظهيرية ويتضح اذا كان معناه فيملكها على الموكل في قول محمد وهو صريح في ان أبا حنيفة يقول بانه لا يملكها عليه بل تصح على نفسه ويضمن تأمل اهـ وقال الحموي في حواشي الاشباه بعد ذكره ما نقله المؤلف وفي جامع الفصولين الوكيل لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعا فتأمل ما بين كلام الظهيرية وكلام جامع الفصولين وتخصيص قول محمد في كلام الظهيرية غير ظاهر وفي البزازية الوكيل بالبيع يملك الاقالة قبل القبض أو بعده من عيب أو من غير عيب ومثله في جامع الفتاوى فتأمل اهـ قلت كلام جامع الفصولين فيما بعد قبض الثمن فلا ينافي ما في الظهيرية وما نقله عن البزازية لم أره في اقالتها بل رأيت في العاشر في الوكالة بالبيع منها ما نصه اقالة الوكيل بالسلم واقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الامام ومحمد بخلاف الوكيل بالشراء فانه لا يملكها اجماعا اهـ ومثله في القنية ثم قال وأراد باقالة الوكيل بالسلم الوكيل بشراء السلم بخلاف الوكيل بشراء العين (عن) اقالة الوكيل بالشراء على هذا الخلاف وأنكره مح وهو الاصح والمعنى فيه ان باقالة الوكيل بالبيع يسقط الثمن عن المشتري عندهما ويلزم المبيع الوكيل وعند أبي يوسف لا يسقط الثمن عن المشتري أصلا قال في العصامي ولو باع الوكيل ثم أقال قبل قبض أو بعده بعيب أو غير عيب لزمه دون الامر قال رضي الله تعالى عنه اقالة الموكل بالشراء مع البائع لما صحت فكذلك اقالة الموكل بالبيع مع المشتري اهـ كلام القنية (قوله وانما يضمن الوكيل بالبيع الخ) عبارة الظهيرية على ما رأيت فيها نصها والوكيل بالبيع يملك الاقالة قبل قبض الثمن في قول محمد رحمه الله تعالى (قوله لان باقالته يعود المبيع الى ملك العاقد الخ) وجهه ان الاقالة بيع جديد في حق العاقدين فصارت البائعة وكيلة بالبيع بالاجازة لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم لما أقالت البيع صارت مشترية لنفسها والشراء لا يتوقف متى وجد نفاذا

هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث

وقال أبو يوسف انها بيع في حق الكل وقال محمد فسخ في حق الكل وقال زفر هي فسخ في حق الكل ذكر قوله في البدائع والسراج الوهاج وأما من يملكها ومن لا يملكها فقالوا ومن ملك البيع ملك اقالته فصحت اقالة الموكل ما باعه وكيله واقالة الوكيل بالبيع ويضمن وكتبنا في الفوائد الفقهية الا في مسائل الاولى الوصي لو اشترى من مديون اليتيم دارا بعشرين وقيمتها خمسون فلما استوفى الدين أقاله لم تصح اقالته الثانية العبد المأذون اشترى غلاما بالف وقيمته ثلاثة آلاف لا تصح اقالته ولا يملكان الرد بالعيب بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية كذا في بيوع القنية الثالثة المتولي على الوقف اذا اشترى شيأ باقل من قيمته لا تصح اقالته وكذا اذا أجر ثم أقال ولا صلاح فيها للوقف لم يجز كما فيها أيضا وفي بعض المواضع منها ان كان قبل القبض جازت والا لا الرابعة الوكيل بالشراء لا تصح اقالته بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن الخامسة الوكيل بالسلم على تفصيل فيه وانما يضمن الوكيل بالبيع اذا أقال اذا كان بعد قبض الثمن أما قبله فيملكها في قول محمد كذا في الظهيرية وفيها والوكيل بالاجارة اذا ناقض مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة وقبل قبض الاجر صح سواء كان الاجر عينا أو دينا اهـ وفي فتاوى الفضلي اذا باع المتولي أو الوصي شيأ باكثر من قيمته لا تجوز اقالته وان كانت بمثل الثمن الاول اهـ وفي القنية باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ وأجاز الابن البيع ثم أقالت وأجاز الابن الاقالة ثم باعتها ثانيا بغير اجازته يجوز ولا يتوقف على اجازته لان بالاقالة يعود المبيع الى ملك العاقد لا الى ملك الموكل والمجيز ودليلها السنة والاجماع وسببها الحاجة اليها ومحاسنها ازالة الغم عن النادم وتفريج الكرب عن المكروب (فائدة) تصح اقالة الاقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلا الاقالة ارتفعت الاقالة وعاد البيع وكتبنا في الفوائد الا في مسئلة وهي اقالة السلم فانها لا تقبل الاقالة كما ذكره الشارح من الدعوى من باب التحالف وفي الجوهرة لا تصح الاقالة في النكاح والطلاق والعتاق اهـ (قوله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبي حنيفة الا ان تعذر جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فانها تبطل

على العاقد فصار الشراء لها وان أجاز الابن لعدم التوقف فاذا باعت ثانيا فقد باعت ملكها فلا يتوقف على اجازة الابن (قوله أطلقه فشمل ما اذا كان قبل القبض أو بعده) أى أطلق قوله هى فسخ فى حق المتعاقدين قال فى المجتبى والاقالة قبل القبض فى المنقول وغيره فسخ عند أبى حنيفة ومحمد وكذا عند أبى يوسف فى المنقول لتعذر البيع وفى العقار تكون بيعا عنده وعن الحسن عن أبى حنيفة بيع بعد القبض فسخ قبله الا فى العقار فانه بيع فيهما (قوله وظاهره) أى ظاهر التعبير بقوله

وروى (قوله واذا تبايعاه بعدها) أى بعد الاقالة وهو بيان لقوله جاز أى جاز بيعه قبل رده ولكن يحتاج المشترى الى قبض جديد وهذا فيما يتعين كونه مبيعا كما يفيده ماسيذكره عن الكافى أيضا (قوله تقايضا) من المقايضة فهو بالياء المثناة التحتية لا بالباء الموحدة وقوله لقيامهما أى قيام كل من عوضى المقايضة (قوله وتظهر فائدة كونها بيعا فى حق غيرهما فى خمس مسائل) قال فى النهر زاد فى النهاية سادسة وهى ما مر من ان قبض بدلى الصرف شرط لصحة الاقالة فيجعل فى حق الشرع كبيع جديد وسئلت عن الاقالة بعد الرهن فاجبت بانها موقوفة كالبيع أخذا من قولهم انها بيع جديد فى حق ثالث وهو هنا المرتهن وهى سابعة وعلى

ويبقى البيع على حاله أطلقه فشمل ما اذا كان قبل القبض أو بعده وروى عن أبى حنيفة انها فسخ قبل القبض بيع بعده كذا فى البدائع وظاهره ترجيح الاطلاق وقال أبو يوسف هى بيع الا ان تعذر بان كانت قبل القبض ففسخ الا ان تعذرا فتبطل بان كانت قبل القبض فى المنقول باكثر من الثمن الاول أو باقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك المبيع وقال محمد هى فسخ الا ان تعذر بان تقايلا باكثر من الثمن الاول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فبيع الا ان تعذرا بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول فتبطل والخلاف المذكور انما هو فيما اذا وقعت بلفظها اما بلفظ الفسخ أو الرد أو الترك فانها لا تكون بيعا وفى بعض نسخ الزيلعى فانها لا تكون فسخا وهو سبق قلم كما لا يخفى وفى السراج الوهاج أما اذا كانت بلفظ البيع كانت بيعا اجماعا كما اذا قال البائع له بعنى ما اشتريت فقال بعت كان بيعا وفائدة كونها فسخا فى حقهما عنده تظهر فى خمس مسائل الاولى وجوب رد الثمن الاول وتسمية خلافه باطل الثانية انها لا تبطل بالشروط المفسدة ولكن لا يصح تعليقها بالشرط كان باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد ان وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بازيد لا ينعقد البيع الثانى لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط كذا فى السراج الوهاج الثالثة اذا تقايلا ولم يرد المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد وهذه حجة على أبى يوسف لان البيع جائز بلا خلاف بين أصحابنا الا أن يثبت عنه الخلاف فيه كذا فى البدائع ولو باع من غير المشترى لم يجز لكونه بيعا جديدا فى حق ثالث واذا تبايعاه بعدها يحتاج المشترى الى تجديد القبض لكونه بعدها فى يده مضمونا بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشراء كقبض الرهن بخلاف قبض الغصب كذا فى الكافى هنا وفيه من باب المتفرقات تقايضا فتقايلا فاشترى أحدهما ما أقال صار قابضا بنفس العقد لقيامهما فكان كل واحد مضمونا بقيمة نفسه كالمغصوب ولو هلك أحدهما فتقايلا ثم جدد العقد فى القائم لا يصير قابضا بنفس العقد لانه يصير مضمونا بقيمة العرض الآخر فشابه المرهون اهـ والرابعة اذا وهب المبيع من المشترى بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه وهذا لا يطرد على أصل أبى يوسف لكونها بيعا عنده ولو كانت بيعا لما صح قبضه بلا كيل ووزن كذا فى البدائع وتظهر فائدة كونها بيعا فى حق غيرهما فى خمس أيضا الاولى لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا فى حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم

هذا الوجه ثم تقايلا فهى ثامنة اهـ فالاقالة بعد الرهن موقوفة على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اطلع و بعد الاجارة موقوفة على اجازة المستأجر ان أجاز نفذت والا بطلت و يزاد أيضا ما نقله السيد الحموى عن ابن فرشته وهو ما اذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع فى حق ثالث حتى لا يكون للبائع الاول وطؤها الا بعد الاستبراء اهـ لان وجوب الاستبراء حق الله تعالى فالله تعالى ثالثهما كذا فى حاشية أبى السعود (قوله الاولى لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة الخ) قال الرملى انما قال فسلم لتظهر فائدة كونها بيعا والا لو لم يسلم بان أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع

اطلع على عيب كان في يد البائع فاراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيأ وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه من قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبد الخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكاة لكونه بيعا جديدا في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع جديد في حق الثالث مجرى على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط وأما اذا لم يكن من موجبات العقد و يجب في شرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وفي الصغرى ولو رده بعيب بقضاء كان فسخا من كل وجه فيعود الاجل كما كان ولو كان بالدين كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اهـ وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته لانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت ألا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البائع بطعام غير معين وكذا لو قبض أردأ من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه أبو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزم زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان فسخا بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه كذا ذكر الشارح هنا (قوله وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول) وهذا عند أبي حنيفة لان الفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد فاشتراط خلافه باطل ولا تبطل الاقالة كما قدمنا وقيد بقوله بلا تعيب اذ لو تعيب بعده جاز اشتراط الاقل ويجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولا بد أن يكون النقصان بقدر حصة الفائت ولا يجوز ان ينقص من الثمن أكثر منه كذا في فتح القدير وفي البناية معزيا الى تاج الشريعة هذا اذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائدا أو ناقصا بقدر ما يتغابن الناس فيه اهـ وقيد بقوله وجنس آخر لان الاقالة على جنس آخر غير الثمن الاول صحيحة و يلغو المسمى و يلزمه رد الاول فقوله وجنس بالجر عطف على الاكثر أي وشرط جنس لا على تعيب وعند أبي يوسف ومحمد اذا شرط الاكثر كانت بيعا لكونه الاصل فيها عند أبي يوسف ولتعذر الفسخ عند محمد وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف تصح به بيعا وعند محمد فسخ بالثمن الاول ولو قال المصنف وتصح مع السكوت عن الثمن الاول لكان أولى فيعلم منه حكم التصريح به بالاولى ومع السكوت لا خلاف في وجوب الاول كما في البدائع وأشار

بعيب الخ) قال الرملي صورة عبارة الصغرى ومن له دين مؤجل اذا اشترى بذلك الدين ممن عليه شيأ وقبضه ثم تقايلا لا يعود الاجل ولو رده بعيب الى آخر ما هنا وسيأتي في الكفالة عن التتارخانية ما يخالف ما هنا فراجعه وتامل اهـ والذي سيأتي في الكفالة هو قوله لو باع الاصيل

وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول

الطالب بدينه سقط فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الاصيل ولم يعد على الكفيل و بالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل اهـ فهذا مخالف لقوله لا تعود الكفالة وذكر الرملي هناك ان ما ذكره المؤلف هناك عزاه في التتارخانية الى الغياثية ونقل في التتارخانية عن المحيط انه يبرأ الكفيل سواء كان الرد بعيب بقضاء أو برضا ونقل عن السغناقي عن المبسوط التفصيل بين الرد بالقضاء فيعود على الكفيل و بين الرد بالرضا فلا يعود قال الرملي والحاصل ان فيها خلافا بينهم فتنبه (قوله كذا ذكر الشارح هنا) الاشارة الى جميع ما مر من قوله وقوله فسخ في حق المتعاقدين الى هنا

(قوله ولو قال بعه لي) سيأتي عن الخانية في أول فصل التصرف في المبيع تقييده بما اذا لم يقل له نعم فراجعه (قول المصنف وهلاك المبيع يمنع) قال الرملي أقول وكذا هلاكه بعد الاقالة وقبل التسليم يبطلها قال في البزازية هلاك المبيع بعد الاقالة قبل التسليم مبطل وفي مجمع

الفتاوى ولو تقايلا ثم هلك المبيع قبل التسليم بطلت الاقالة وفي مجمع الرواية شرح القدوري قال في شرح الطحاوي أو هلك المبيع بعد الاقالة قبل التسليم الى البائع بطلت الاقالة ومثله في كثير من الكتب ووجهه مأخوذ من قولهم لا تتم الا بالقبض قال في الخلاصة ولو جاء المشتري

بقوله لزمه الثمن الاول الى ان الاعتبار لما وقع العقد به لما تقدم ولذا قال في فتح القدير لو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ومن فروع الفسخ كالاقالة ما لو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير وعلى القلب انفسخ الاول وكذا لو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال أو على القلب أما لو جدداه بدراهم أكثر أو أقل فلا وهو حط من الثمن أو زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق بأصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي أو لم يزد على قوله بعه لي أو زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ اذا قبل ولو قال البائع قبل القبض أعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في الخانية وغيرها باع أمة فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل حينئذ له وطؤها وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بعد ذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له فان رضي البائع بها حل وطؤها وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى ما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وغاب المشتري وخاف البائع فساده فله بيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه الانتفاع به وان علم لرضا العاقدين بالفسخ ظاهرا ويتصدق البائع بما زاد على الثمن وان نقص فعلى البائع ولو اختلفا فادعى البائع الاقالة والمشتري انه باعه منه باقل قبل النقد فالقول للمشتري في انكارها ولو كان على العكس تحالفا كذا في فتح القدير وأشار أيضا بقوله لزمه الثمن الاول الى انه لو كان الثمن الاول حالا فاجله المشتري عند الاقالة فان التأجيل يبطل وتصح الاقالة وان تقايلا ثم أجله فينبغي أن لا يصح الاجل عند أبي حنيفة فان الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا في القنية والى انه لو أبرأ المشتري عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقايلا لم تصح منها أيضا والى انه يلزم المشتري رد المبيع وفي القنية اشترى ماله حمل ومؤنة ونقله الى موضع آخر ثم تقايلا فمؤنة الرد على البائع اه (قوله وهلاك المبيع يمنع) أي صحتها لما قدمنا ان من شرطها بقاء المبيع لانها رفع العقد وهو محله قيد بالمبيع لان هلاك الثمن لا يمنعها لكونه ليس بمحل لكونه يثبت بالعقد فكان حكما وهو يعقبه فلا يكون محلا لان المحل شرط وهو سابق فتنافيا ولذا

وهلاك المبيع يمنع

الى البائع وقال انه قام على بثمن غال فرد عليه البائع ما قبض من الثمن ولكن لم يقبض ما باع لا تتم الاقالة والشرط الاعطاء من الجانبين اه ولتمامها حكم انشائها فكما لا يجوز انشاؤها بعد هلاك المبيع فكذا هلاكه يبطلها وقدم هذا الشارح في قوله هي فسخ انه اذا تعذر جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فانها تبطل ويبقى البيع على حاله والله تعالى أعلم اه قلت وما ذكره عن الخلاصة مبني على غير الصحيح فقد ذكر المسألة في البزازية ثم قال فمن قال البيع ينعقد بالتعاطي من أحد الجانبين بطل جعله اقالة وهو الصحيح ومن شرط القبض من الجانبين لا يكون اقالة اه (قوله وهو محله) أي والمبيع محل العقد (قوله قيد بالمبيع) كان نسخته ليس فيها التصريح بحكم الثمن والا فالذي رأيته في المتن وعليه كتب في النهر التصريح به قبل قوله وهلاك المبيع يمنع حيث قال وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة

(قوله وفي بيع المقايضة الخ) بالياء المثناة التحتية بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم أقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما وتمامه في العناية (قوله الا اذا هلكا) أي فتبطل الاقالة وقوله بخلاف البدلين الخ أي فان هلاكهما جميعا غير مانع مع ان لكل واحد منهما حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم تتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما قائمين ففي هلاكهما لم يبق شئ من المعقود عليه ترد الاقالة عليه كذا في العناية (قوله اذا هلك بعد الاقالة) أي قبل التسليم الى البائع كما مر (قوله والى ان الاعتبار لما دخل في البيع مقصودا) قال الرملي يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى اشترى حمارا موكفا وقبضه فهلك اكافه عنده ثم تقايلا لا يضمن وكذا اذا استهلكه

واذا كان باقيا برده لانها من المبيع وان دخلت تبعا ومثله الشجر اذا دخل تبعا وهذا على غير الرقم الآخر وأما على الرقم الآخر فكل شئ موجود وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمنا أو قصدا وكل شئ لم يدخل أصلا

وهلاك بعضه بقدره

لا قصدا ولا ضمنا ليس للبائع أخذه وأقول ينبغي ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه تامل وفي الخلاصة رجل باع من آخر كرما فسلمه اليه فأكل المشتري نزله سنة ثم تقايلا لا يصح وكذا اذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها الاجنبي اه

بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض دون الثمن (قوله وهلاك بعضه بقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنعها بقدر الهالك لان الجزء معتبر بالكل وفي بيع المقايضة اذا هلك أحدهما صحت في الباقي منهما وعلى المشتري قيمة الهالك ان كان قيميا ومثله اذا كان مثليا فيسلمه الى صاحبه ويسترد العين الا اذا هلكا بخلاف البدلين في الصرف اذا هلكا لعدم التعيين ولذا لا يلزمهما الا رد المثل بعدها وفي السراج الوهاج اشترى عبدا بنقرة فضة أو بمصوغ مما يتعين فتقابضا ثم هلك العبد في يد المشتري ثم تقايلا والفضة قائمة في يد البائع صحت وعلى البائع رد الفضة بعينها ويسترد من المشتري قيمة العبد وفي البزازية تقايلا فابق العبد من يد المشتري وعجز عن تسليمه تبطل الاقالة اه وأشار الى ان المبيع اذا هلك بعد الاقالة بطلت وعاد البيع قيد بالهلاك لانه لو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شئ لان كل المبيع باق كذا في فتح القدير وأشار بعدم اشتراط بقاء جميع المبيع على حاله الى انه لو اشترى أرضا مع الزرع وحصده المشتري ثم تقايلا صحت في الارض بحصتها من الثمن بخلاف ما اذا أدرك الزرع في يده ثم تقايلا فانها لا تجوز لان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة كذا في القنية والى ان الاعتبار لما دخل في البيع مقصودا فلو اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الاقالة بجميع الثمن ولا شئ للبائع من قيمة الاشجار وتسلم الاشجار للمشتري هذا اذا علم البائع بقطعها فان لم يعلم به وقتها خير ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان اشترى عبدا فقطعت يده وأخذ ارشها ثم تقايلا صحت الاقالة ولزمه بجميع الثمن ولا شئ للبائع من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة انه قطعت يده وأخذ ارشها وان لم يعلم يخير بين الاخذ بجميع الثمن وبين الترك كذا في القنية ورقم برقم آخر ان الاشجار لا تسلم للمشتري وللبائع أخذ قيمتها منه لانها موجودة وقت البيع بخلاف الارش فانه لم يدخل في البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا اه ثم اعلم انه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الاقالة اقالة السلم قبل قبض المسلم فيه لانها صحيحة سواء كان رأس المال عينا أو دينا وسواء كان قائما في يد المسلم اليه أو هالكا لان المسلم

أقول ينبغي تقييد المسئلة بما اذا كانت هذه الزيادة حدثت بعد القبض لانها لو كانت قبل القبض ينبغي أن لا تمنع الاقالة كما لا تمنع الرد بالعيب تامل وأقول وانما تمنع المنفصلة اذا كانت متولدة من المبيع أما اذا لم تكن متولدة منه ككسب وغلة لا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ وقد ذكر ذلك في الخامس والعشرين من جامع الفصولين فراجعه مع ما كتبناه عليه يظهر لك ذلك وفي التتارخانية وان ازدادت الجارية ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة فهو صريح فيما تفقهناه والله تعالى هو الموفق وفي المجتبى الزيادة المتصلة لا تمنع الاقالة قبل القبض وبعده والمنفصلة تمنع بعده لا قبله اه وفي التتارخانية من كتاب البيوع في الفصل الحادي عشر في الاختلاف الواقع بين البائع والمشتري بعد ان رمز للمحيط وان كانت الزيادة بدل المنفعة فانهما يتحالفان بالاجماع فاذا تحالفا كان الكسب للمشتري عندهم جميعا كما لو حصل الفسخ بالرد بالعيب بعد القبض أو باقالة بعد القبض فانه يبقى الكسب للمشتري عندهم جميعا اه (قوله لان المسلم

اليه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه واذا صحت فان كان رأس المال عينا قائمة ردت وان كانت هالكة رد المثل ان كان مثليا والقيمة ان كان قيميا وان كان دينا رد مثله قائما أو هالكا لعدم التعيين وكذا اقالته بعد قبض المسلم اليه وان كان قائما ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا كذا في البائع والله سبحانه أعلم

﴿باب المرابحة والتولية﴾

شروع فيما يتعلق بالثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة بعد بيان أحكام المبيع وقدم المبيع لاصالته كذا في البناية وقدمنا ان أنواعه بالنسبة الى الثمن أربعة هما والمساومة لا التفات فيها الى الثمن الاول والرابع الوضيعة بانقص من الاول ولم يذكرهما لظهورهما وهما جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي الى التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكي المهتدي و يطيب نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع من أبي بكر رضي الله عنه بعيرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما فقال هو لك بغير شئ فقال أما بغير ثمن فلا قال السهيلي سئل بعض العلماء لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر الا تبني باهلك فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشا وهو عشرون درهما فقال لتكون هجرته بنفسه وماله رغبة منه في استكمال فضلها الى الله وان تكون على أتم الاحوال والمرابحة في اللغة كما في الصحاح يقال بعته المتاع واشتريته منه مرابحة اذا سميت لكل قدر من الثمن ربحا اه وأما التولية في اللغة فقال الشارحون انها مصدر ولى غيره اذا جعله واليا وفي القاموس التولية في البيع نقل ما ملكه بالعقد الاول و بالثمن الاول من غير زيادة وأما شرعا فقال (هي) أي التولية (بيع بثمن سابق والمرابحة به و بزيادة) وأورد عليه الغصب وهو ما اذا ضاع المغصوب عند الغاصب وضمنه قيمته ثم وجده جاز له بيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وقد غفل الشارح الزيلعي فاورده على عبارة الهداية وهي نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع ربح أولا وادعى ان عبارة المؤلف أحسن وليس كما زعم لان مسئلة الغصب كما ترد على الهداية باعتبار انه لا عقد فيها كذلك ترد على الكنز باعتبار انه لا ثمن فيها فان أجيب بأن القيمة كالثمن فكذلك يقال ان الغصب ملحق بعقود المعاوضات وقد أجاب الشارحون عن الهداية بهذا قالوا ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزا وقد صرح في الفتاوى الكبرى بانه يقال قام على بكذا ويرد على كلا التعريفين ما ملكه بهبة أو ارث أو وصية اذا قومه فله المرابحة على القيمة اذا كان صادقا في التقويم مع انه لا ثمن ولا عقد ولم أر كيف يقول و ينبغي أن يقول قيمته كذا ويرد عليهما أيضا من اشترى دراهم بدنانير لا يجوز بيع الدراهم مرابحة مع صدق التعريف عليها ويرد أيضا عليهما ما فيه من الابهام لان الثمن السابق اما أن يراد عينه أو مثله لا سبيل الى الاول لانه صار ملكا للبائع الاول فلا يراد في الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما أن يراد المثل جنسا أو مقدارا والاول ليس بشرط لما في الايضاح والمحيط انه اذا باع مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء كان الربح من جنس رأس المال من الدراهم أو من الدنانير اذا كان معلوما يجوز الشراء به لان الكل ثمن والثاني

وهو

﴿باب المرابحة والتولية﴾

هي بيع بثمن سابق والمرابحة به و بزيادة

اليه) كذا في النسخ والصواب المسلم فيه وكذا قوله الآتي بعد قبض المسلم اليه

﴿باب المرابحة والتولية﴾

(قوله ولم أر كيف يقول الخ) قال في الفتح وصورة هذه المسئلة أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فاربحك على القيمة أو رقمه اه وقوله أو رقمه كذا أي في مسئلة البيع بالرقم وسيذكرها المؤلف (قوله سواء كان الربح الخ) عبارة المنح سواء كان الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوما الخ

(قوله وما أورده في فتح القدير الخ) ذكر في النهر الجواب عنه وعن مسئلة الصرف السابقة فقال وأجيب عن الاول بان البيع يستلزم مبيعا وكون مقابله ثمنا مطلقا مقيد (قوله بغير عقد الصلح) متعلق بملكه وقوله بشرط عوض متعلق بالهبة وقوله بما يتعين متعلق بملكه أيضا وقوله بعين متعلق بنقل وقوله أو بمثله معطوف على بعين وكذا قوله أو برقمه ولكن الضمير فيه يعود على ما في قوله نقل ما ملكه وقوله في غير شراء القيمي متعلق بمحذوف حال من ما في قوله أو بما 117 قوّمه به وقوله أو بمثل معطوف على بعين وكان الاولى أن يقول أو بعين ماقام على من لا تقبل شهادته له الخ ليدخل ماولو ملكه من لا تقبل شهادته له بالغصب وقوله أو بمثل ما اشترى به مضاربه الخ معطوف على بعين أيضا وفي هذه المسئلة كلام سيذكره المؤلف في هذا الباب عند قول المتن ولو كان مضاربا بالنصف وقوله بزيادة ربح حال من قوله نقل ما ملكه ولا يخفى ما فيه من الركاكة لان المعنى حينئذ التولية نقل ما ملكه الخ مقترنا بزيادة ربح والتولية لا تكون بزيادة ربح ولا يدفعه قوله في المرابحة ومراده ان يشير الى تعريف المرابحة أيضا فكان عليه أن يتمم تعريف التولية بقوله بلا ربح ثم يقول والمرابحة النقل المذكور بزيادة ربح واعترض في النهر التعريف المذكور بانه أطال فيه بذكر الشروط وغير خاف عليك خروجها عن الماهيات والقصد من التعاريف انما هو بيان الماهية فقط (قوله كما قدمناه) أى فيما لو اشترى دراهم بدنانير فقدم انه لا يجوز بيع الدراهم مرابحة (قوله في صورة قدمناها) أى في قوله انها جائزة بعينه اذا كان قد وصل الى المشترى الثاني (قوله اذا اشترى متاعا ثم رقمه باكثر من الثمن الاول الخ) سيذكر عند قوله فان خان الخ تقييد ذلك عن المحيط بما اذا كان عند البائع ان المشترى يعلم ان الرقم غير الثمن الخ (قوله ولا يقول قام على بكذا ولا قيمته) انظر ما نذكره قريبا في الحاشية

وهو المقدار يقتضى ان لا يضم أجرة القصار والصباغ ونحوهما لانها ليست بثمن في العقد الاول واذا أريد المثل قدرا وادعى ان الاجرة من الثمن الاول عادة كما فعله الشارحون ورد عليه انها جائزة بعينه اذا كان قد وصل الى المشترى الثاني وما أورده في فتح القدير من الشراء بثمن نسيئة فان المرابحة لا تجوز على ذلك الثمن ليس بوارد لانها جائزة اذا بين انه اشتراه نسيئة كما سيأتي آخر الباب وقد وضعت لكل منهما تعريفا لا يرد عليه شئ ان شاء الله تعالى فقلت التولية نقل ما ملكه بغير عقد الصلح والهبة بشرط عوض بما يتعين بعين ماقام عليه أو بمثله أو برقمه أو بما قومه به في غير شراء القيمي أو بمثل ما اشترى به من لا تقبل شهادته له من أصوله وفروعه وأحد الزوجين أو مكاتبه أو عبده المأذون أو أحد المتفاوضين من الآخر أو بمثل ما اشترى به مضاربه أو رب المال مع ضم حصة من الربح بزيادة ربح في المرابحة وبلا ربح في التولية فخرج ما ملكه في الصلح لابتنائه على الحط والمساهلة بخلاف ما اذا اشتراه من مديونه بالدين وهو يشترى بذلك الدين فانه يجوز كما في الظهيرية وما ملكه بالهبة بشرط العوض أيضا كما في الظهيرية وخرج بما يتعين مالا يتعين كما قدمناه وقلنا بعين ماقام عليه ولم نذكر العقد الاول ولا الثمن السابق ليدخل الغصب وما تكلفه على العين وليخرج ما اذا اشترى دجاجة فباضت عنده عشر بيضات ولم ينفق عليها قدر البيض فانه ليس له المرابحة على الثمن الاول كما في النهاية وقلنا بالعين أو بالمثل من غير اقتصار على أحدهما لجوازها على العين في صورة قدمناها وعلى المثل فيما عداها ويدخل في المثل مثل الثمن السابق ان كان البيع صحيحا وقيمته ان كان فاسدا كذا في المحيط وأو في التعريف ليست للابهام وانما هي للتنويع وقلنا أو برقمه ليدخل ما اذا اشترى متاعا ثم رقمه باكثر من الثمن الاول ثم باعه مرابحة على رقمه جاز ولا يقول قام على بكذا ولا قيمته ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وانما يقول رقمه كذا فانا أرابح على كذا كما في النهاية وقلنا أو بما قومه به ليدخل ما ملكه بارث ونحوه كما قدمناه وقيدنا بغير شراء القيمي لانه اذا اشترى قيميا وقومه لم تجز المرابحة والفرق بين القيميين أن في شراء القيمي له أصل يرجع اليه وهو الثمن الاول واحتمل أن يكون ما قومه به أزيد في نفس الامر والمرابحة مبنية على الاحتراز عن شبهة الخيانة بخلاف ما اذا ملكه بغير بدل لعدم الثمن الاول يكون ما قومه به مخالفا له واحتمال الزيادة في تقويمه لا يعد خيانة لانه من جهة المشترى ولو كان بعض المبيع مشترى والبعض غير مشترى فقال في الظهيرية رجل اشترى من آخر ثوبا وبطانة وجعلهما جبة وجعل حشوها قطنا ورثه أو وهب له ثم حسب الثمن وأجر الخياط ثم قال لغيره قام على بكذا وباعه مرابحة على ذلك جاز وكذا الرجل يرث الثوب فيبسطه بالقز الذى اشتراه وحسب أجر الخياط وثمن القز ثم

قال لغيره قام على بكذا أو باعه مرابحة على ذلك جاز كذا في الظهيرية وقلنا أو بمثل ما اشترى به من لا تقبل الشهادة له يعني لا بمثل ما اشتراه هو به فاذا اشترى شيأ ممن لا تقبل شهادته له فانه انما يرابح بما اشترى بائعه لا بما اشتراه كما ذكره الشارح وكذا رب المال اذا اشترى من مضاربه لا يرابح بما اشتراه وانما يرابح بمثل ما اشترى المضارب مع ضم حصة المضارب فقط لانها كما سيأتي مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة ولذا قال في الظهيرية أن من اشترى شيأ وعلم أن فيه غبنا لا يجوز له المرابحة والتولية حتى يبينه والله تعالى أعلم وهذا التقرير ان شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحول الله وقوته (قوله وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة والمثلي الكيلي والوزني والمعدود المتقارب وعبارة المجمع أولى وهي ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا أو مملوكا للمشتري والربح مثلي معلوم اه ولكن لا بد من التقييد بالمعين للاحتراز عن الصرف فانه لا يجوزان فيهما وتقييد الربح بالمثلي اتفاقي لجواز أن يرابح على عين قيمته مشارا اليها ولذا قال في فتح القدير أو بربح هذا الثوب وقيد الربح بكونه معلوما للاحتراز عما اذا باعه بربح ده يازده لا يجوز له لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال كذا في الهداية ومعنى قوله ده يازده أي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح بزيادة درهمين وان كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم فهذا يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشئ يكون من جنسه كذا في النهاية يعني فاذا كان رأس المال قيميا مملوكا للمشتري لا يجوز لجهالة الربح وأما اذا كان الربح شيأ مشارا اليه مجهول المقدار فانه يجوز فقوله والربح مثلي معلوم شرط في القيمي المملوك للمشتري كما لا يخفى وفي البناية ولفظة ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويازده بالياء آخر الحروف وسكون الزاي اسم أحد عشر بالفارسية اه ومن مسائل ده يازده ما في المحيط اشترى ثوبا بعشرة وباعه بوضيعة ده يازده على ثمنه فالثمن تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزأ من درهم والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم واحد ومعرفته ان تجعل كل درهم على أحد عشر جزأ فيصير العشرة مائة وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ ثم اطرح من كل سهم جزأ فيكون المطروح عشرة بقي مائة جزء وذلك تسعة دراهم وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم وان باعه بوضيعة ده يازده فالثمن ثمانية دراهم وثلث درهم والوضيعة درهم وثلثا درهم وتخريجه على نحو ما مر وان باعه بوضيعة عشرة فاجعل كل درهم على عشرة أجزاء ثم اطرح جزأ من كل درهم فيكون المطروح عشرة أجزاء يبقى تسعون جزأ فيكون تسعة دراهم وعلى هذا القياس ان باعه بوضيعة تسع أو ثمان اه وفي فتح القدير اشترى عبدا بعشرة على خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لان الثمن الاول يتعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام على بكذا وباعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ الا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم أن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد

الاول

وشرطهما كون الثمن الاول مثليا

(قوله فقوله والربح الخ) أي قول المجمع وقوله شرط في القيمي فيه نظر فان بالاشارة علما وان كان المشار اليه مجهول المقدار ومعلومية الربح ولو بالاشارة شرط فيما اذا كان الثمن مثليا أيضا تأمل (قوله وذلك تسعة دراهم وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ) كذا في النسخ وصوابه وجزء واحد بدل قوله وعشرة أجزاء ولعل في العبارة سقطا والاصل هكذا وذلك تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزأ من درهم والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم بدليل ذكره الوضيعة في المسئلة الآتية (قوله وان باعه بوضيعة ده يازده) كذا في النسخ وهو عين الصورة الاولى وهي ما اذا باعه بوضيعة أحد عشر على ثمنه والمراد هنا ما اذا باعه بوضيعة اثني عشر على ثمنه اذا كان ثمنه عشرة بان يجعل كل درهم على اثني عشر جزأ فتصير العشرة مائة وعشرين جزأ من اثني عشر جزأ من الواحد ثم يطرح من

الاول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال اه ما في فتح القدير ويرد عليه ما في الظهيرية لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف قال أبو حنيفة يرابح بالزيوف وقال أبو يوسف يرابح بالجياد فقوله والجياد انما هو على قول أبي يوسف ولكن جزم في المحيط من غير خلاف بانه يرابح بالجياد وأشار بالثمن أي جميعه الى بيع جميع المبيع فلو اشترى ثوبين وقبضهما ثم ولى رجلا أحدهما بعينه لم يجز وكذا لو اشركه في احدهما بعينه لم يجز ولو كان المشترى قبض أحد الثوبين من البائع ثم اشرك رجلا فيهما جازت الشركة في نصف المقبوض وكذا لو ولاهما رجلا جازت التولية في المقبوض ولو اشترى جاريتين بالف درهم وقبضهما وباع أحدهما ثم ولاهما رجلا فالمولى بالخيار ان شاء أخذ التي لم تبع بحصتها وان شاء ترك اذا لم يعلم ببيع أحدهما وكذلك لو اشركه فيهما جازت الشركة في نصف التي لم تبع وان لم يبع أحدهما ولكنه أعتق أحدهما أو ماتت ثم ولاهما رجلا أو اشركه فيهما جاز في الامة والحية منهما كذا في الظهيرية وفي السراج الوهاج لو كان مثليا فرابح على بعضه جاز كقفيز من قفيزين لعدم التفاوت بخلاف القيمي وتمام تفريعه في شرح المجمع وفي المحيط وان كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزأ منه معينا لان الثمن ينقسم عليه باعتبار القيمة وان باع جزأ شائعا جاز وقيل يفسد البيع (قوله وله أن يضم الى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع أو قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان والطراز بكسر الطاء وتخفيف الراء العلم في الثوب كذا في المغرب والفتل هو ما يصنع باطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل افتله أطلق الصبغ فشمل الاسود وغيره كما أطلق حمل الطعام فشمل البر والبحر وقيد بالاجرة لانه لو فعل شيأ من ذلك بيده لا يضمه وكذا لو تطوع متطوع بهذه أو باعارة ودل كلامه على أنه يضم أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكراء الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار وفي المحيط وغيره يضم طعام المبيع الا ما كان سرفا وزيادة فلا يضم وكسوته وكراءه وأجرة المخزن الذي يوضع فيه وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح ان كانت مشروطة في العقد تضم والا فاكثرهم على عدم الضم في الاول ولا تضم أجرة الدلال بالاجماع اه وهو تسامح فان أجرة الاول تضم في ظاهر الرواية والتفصيل المذكور مقولة وفي الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كذا في فتح القدير واذا حدثت زيادة من المبيع كاللبن والسمن وقد انفق عليه في العلف واستهلك الزيادة فانه يحسب ما أنفقه بقدر ما استهلكه ويرابح والا فلا يرابح بلا بيان واذا ولدت المبيعة رابح عليها وتبعها ولدها وكذا لو أثمر النخيل فان استهلك الزائد لم يرابح بلا بيان كما في الظهيرية بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فاخذ أجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين كذا في فتح القدير (قوله ويقول قام علي بكذا) ولا يقول اشتريته لانه كذب وهو حرام ولذا قدمنا أنه اذا قوم الموروث ونحوه يقول ذلك وكذا اذا رقم على الثوب شيأ وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا وسواء كان مارقمه موافقا لما اشتراه به أو زائدا بحيث كان صادقا في الرقم كما في فتح القدير (قوله ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه أطلق في التعليم فشمل تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا أو غناء

وله أن يضم الى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم ويقول قام علي بكذا ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ

كل سهم جزآن فيكون المطروح حينئذ عشرين يبقى مائة جزء كل اثني عشر جزأ واحد صحيح فستة وتسعون جزأ بثمانية صحاح والاربعة أجزاء بثلث درهم صحيح (قوله وأجرة المخزن) قال في النهر وكانه للعرف والا فالمخزن وبيت الحفظ على حد سواء في عدم الزيادة في العين (قوله وأما أجرة السمسار والدلال) قال في النهر وفي عرفنا الفرق بينهما هو ان السمسار هو الدال على مكان السلعة وصاحبها والدلال هو المصاحب للسلعة غالبا (قوله وكذا اذا رقم على الثوب الخ) صدر هذا الكلام يوهم انه يقول قام علي بكذا فكان الاولى أن يقول وأما اذا رقم الثوب الخ وعبارة الفتح وكذا لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية وقوم قيمته ثم باعه مرابحة يجوز وصورة هذه المسئلة أن

أو عربية قالوا الا أن ثبوت الزيادة لمعنى في العبد وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته الى التعليم فهو شرط علة عادية والقابلية شرط وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم الى أنه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فيه عرف ظاهر يلحق برأس المال كذا في فتح القدير وأشار المؤلف الى أنه لا يضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار والفداء في الجناية وجعل الآبق لندرته فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف وكذا لا يضم نفقة نفسه وكراءه ولا مهر العبد ولا يحط مهر الامة لزوجها والذي يؤخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم

(قوله فان خان في مرابحة أخذ بكل ثمنه أو رده وحط في التولية) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فتكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته ولابي يوسف أن الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ولم يذكر المصنف والشارح بما تظهر الخيانة قال في فتح القدير هي اما باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب وكدعوى الحط فانها تسمع اهـ وقوله وحط أي اسقط قدر الخيانة من المسمى وفي السراج الوهاج وصورة الخيانة في التولية اذا اشترى ثوبا بتسعة وقبضه ثم قال لآخر اشتريته بعشرة ووليتك بما اشتريته فاطلع على ذلك وبيان الحط في المرابحة على قول أبي يوسف اذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فانه يحط قدر الخيانة من الاصل وهو الخمس وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما اهـ وقدمنا أنه اذا اشترى متاعا ورقمه بأكثر من ثمنه وباعه مرابحة على الرقم فانه يجوز وقيده في المحيط بما اذا كان عند البائع أن المشتري يعلم أن الرقم غير الثمن فأما اذا كان المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء فانه يكون خيانة وله الخيار كذا في المحيط وأشار بعدم الحط في التولية الى أن المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا ثم حدث به عيب عنده لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضية التولية أن يكون مثل الاول وهذا مستثنى من قولهم في خيار العيب وبقوله رده الى اشتراط قيام المبيع بحاله فلو هلك قبل رده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع المسمى وسقط خياره عند أبي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث فاذا مات المشتري فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له وأطلق الحط في التولية فشمل حالة هلاك المبيع وامتناع رده لانه لا خيار له وانما يلزمه الثمن الاول وفي المحيط وان ضم الى الثمن ما لا يجوز ضمه ثم علم به المشتري فله الخيار اهـ (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه

فان خان في مرابحة أخذ بكل ثمنه أو رده وحط في التولية ومن اشترى ثوبا فباعه

يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فاربحك على القيمة أو رقمه ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشتري مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله اهـ وظاهره أن الرقم يكون بالقيمة لا بأكثر وان زادت على الثمن ويدل عليه قوله وهو صادق والا فاوجه اشتراط صدقه وحينئذ فيجوز أن يقول رقمه كذا أو قيمته كذا وينافيه ما مر عن النهاية من أنه لا يقول قام علي بكذا ولا قيمته ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وانما يقول رقمه كذا وظاهره أنه لا يشترط كون الرقم بالقيمة فليتأمل (قوله وأشار بعدم الحط في التولية) كذا في بعض النسخ وفي بعضها وأشار بالحط وهو الصواب

بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان أحاط بثمنه لم يرابح) وهذا عند أبي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وصورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يرابح على عشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث وفي المحيط ما قاله أبو حنيفة أوثق وما قالاه أرفق اهـ ومحل الاختلاف عند عدم البيان أما اذا بين فقال كنت بعته فربحت فيه كذا ثم اشتريته بكذا وأنا أبيعه الآن بكذا بربح كذا جاز اتفاقا كذا في فتح القدير وقيد بالشراء لانه لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يرابح على العشرة وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه التأكيدة الا في عقد يجري فيه الربا كذا في فتح القدير وقيدنا ببيعه بجنس الثمن الاول لانه لو باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة وتعيينها لا تخلو عن شبهة الغلط كذا في فتح القدير وقيد بقوله لم يرابح لانه يصح مساومة لان منع المرابحة انما هي للشبهة في حق العباد لا في حق الشرع وتمامه في البناية وقيد بالربح في البيع لانه لو آجر المبيع وأخذ أجرته من غير نقص دخل فيه فله البيع مرابحة من غير بيان لان الاجرة ليست من نفس المبيع ولا من أجزائه فلم يكن حابسا لشئ منه وكذا الوطئ الجارية الثيب كذا في السراج الوهاج وقوله ثوبا مثال ولو قال شيأ لكان أولى لان المثلي والقيمي سواء هنا ثم اعلم أن ظاهر دليل الامام يقتضي أنه لا يجيز أن يشتري بالثمن الاخير سواء باعه مرابحة أو تولية والمتون كلها مقيدة بالمرابحة وظاهرها جواز التولية على الاخير والظاهر الاول كما لا يخفى وقيد بالربح لان بائعه لو حط عنه شيأ فان كان بعض الثمن طرحه كالربح وان كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق حط البعض بالعقد دون حط الكل لئلا يكون بيعا بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة كذا في المحيط وسيأتي أن الزيادة تلتحق فيرابح على الاصل والزيادة وفي المحيط اشترى شيأ ثم خرج عن ملكه ثم عاد ان عاد بقديم ملكه كالرجوع في الهبة أو بخيار رؤية أو شرط أو عيب أو اقالة أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشترى لان بهذه الاسباب ينفسخ العقد من الاصل وصار كأنه لم يكن وان عاد بسبب آخر نحو الارث والهبة لا يبيع مرابحة لانه عاد اليه بسبب جديد وهذا السبب لا يطلق له بيع المرابحة بخلاف ما لو رد عليه بغير قضاء فانه يعتبر بيعا جديدا في حق الثالث فكأنه اشترى ثانيا بعشرة بعد أن باعه بعشرة وهذا يطلق له المرابحة اهـ (قوله ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) وهو ما اذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول وتقييده بالمديون اتفاقي ليعلم حكم غيره بالاولى لوجود ملك المولى في أكسابه جميعا والمكاتب كالمأذون لوجود التهمة بل كل من لا تقبل

بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان أحاط بثمنه لم يرابح ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس

(قوله وقيد بقوله لم يرابح لانه لا يصح شراؤه) كذا في بعض النسخ وفي بعضها لانه يصح مساومته وهو الصواب (قوله يقتضي انه لا يجيز أن يشتري بالثمن الاخير) حق التعبير أن يقال أن يبيع بالثمن الاخير تأمل (قوله والمتون كلها مقيدة بالمرابحة) يمكن أن يستفاد مشاركة التولية للمرابحة في هذا الحكم من قول المتن الآتي وكذلك التولية وقد قال المؤلف فيما يأتي وينبغي أن يعود قوله وكذلك التولية الى جميع ما ذكره للمرابحة فتأمل

(قوله ولكن يحتاج الى الفرق) لا يخفى ان الفرق واضح وذلك انه اذا كان المضارب بائعا من رب المال فقد حصل فى مال المضاربة ربح للمضارب ورب المال فاذا باع رب المال ما اشتراه مرابحة لا يضم نصيبه من الربح للشبهة كما مر أما اذا كان بالعكس لم يحصل فى مال المضاربة ربح أصلا لكن لما كان فى هذا البيع شبهة العدم لكونه بيع ملكه بملكه اعتبر أقل الثمنين كما علله فى الهداية هكذا اقرره شيخنا أطال الله بقاءه ثم رأيته طبقا لما فى النهر حيث قال بعد توفيق المؤلف الآتى وأقول لا تحرير

شهادته له كالاصول والفروع واحد الزوجين واحد المتفاوضين كذلك كما قدمناه وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب وفى فتح القدير لو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركتهما فانما يبيع نصيب شريكه على ضمانه فى الشراء الثانى ونصيب نفسه على ضمانه فى الشراء الاول لجواز أن تكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بالف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على الف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك اهـ ولو قال المصنف الا أن يبين لكان أولى لانه لو بين ورابح على الاول جاز كما فى البناية (قوله ولو كان مضاربا بالنصف يبيعه رب المال باثنى عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع أنه يشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه فى البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح ولم يذكر المصنف والشارح ما اذا كان البائع رب المال والمشترى المضارب وقد سوى بينهما فى السراج الوهاج فقال ولو اشترى من مضاربه أو مضاربه منه فانه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين وحصة المضارب من الربح لكن لو قال وحصة الآخر لكان أولى ليشمل رب المال ولكن قال بعده لو اشترى من رب المال سلعة بالف تساوى ألفا وخمسمائة فباعها من المضارب بالف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مرابحة على ألف ومائتين وخمسين الا أن يبين اهـ وذكر المصنف فى كتاب المضاربة تبعا لما فى الهداية وان اشترى من المالك بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه وعلله فى الهداية من المضاربة بان هذا البيع يقضى بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين اهـ وهذا لا يخالف مسئلة الكتاب هنا لانها فيما اذا كان البائع المضارب من رب المال وفى المضاربة فيما اذا كان رب المال هو البائع من المضارب ولكن يحتاج الى الفرق وكأنه انما لم يضم المضارب نصيب رب المال لما فى البناية أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه الا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما يقع لرب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثانى اهـ ومن العجب قول الشارح الزيلعى فى المضاربة فى شرح قوله وان اشترى من المالك الى آخره ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم فتبنى المرابحة على ما اشترى به المضارب كانه اشتراه له وناوله اياه من غير بيع اهـ وهو سهو لمخالفته الرواية فى باب المرابحة وكتاب المضاربة وقد صرح فى الهداية فى الموضعين بضم حصة المضارب الى رأس المال

فى هذا الكلام والتحقيق أن يقال انما ضمت حصة المضارب هنا لظهور الربح ببيعه لرب المال وان كان مشتريا من رب المال لم يظهر ربح ولذا جزم فى المضاربة بأن المضارب

ولو كان مضاربا بالنصف يبيعه رب المال باثنى عشر ونصف

يبيعه مرابحة على ما اشترى رب المال اهـ (قوله وقد صرح فى الهداية فى الموضعين) أى صرح فى هذا الباب وفى كتاب المضاربة بضم حصة المضارب الى رأس المال فى صورة ما اذا اشترى رب المال من مضاربه وقوله وهو تناقض منه أى من الزيلعى أيضا أى مع كونه سهوا والتصريح بذلك فى هذا الباب وظن فى النهر ان الضمير فى قوله وهو تناقض منه راجع لصاحب الهداية فقال وكون صاحب الهداية تناقض وهم فاحش اذ قد أعاد المسئلة فى المضاربة وجزم بان المضارب اذا كان بائعا ضم رب المال حصته أى حصة المضارب الى رأس المال وان كان مشتريا فلا ضم أصلا وظاهر ان عدم ضم حصة رب المال فى المسئلتين لما فيه من شبهة انه اشترى أو باع ماله بماله اهـ وهو عجيب فان المؤلف قدم قريبا ان ما ذكره المصنف فى كتاب المضاربة متابع فيه لما فى الهداية فكيف يقول هنا انه تناقض فليس مراده الا ما قلناه من ان الضمير للزيلعى والله تعالى أعلم وقد حمل فى النهر ما ذكره الزيلعى على

رواية وقال أيضا وفي السراج من انه يضم يعني المضارب حصته هنا أيضا مخالف لصريح الرواية التي جزم بها المصنف تبعا لصاحب الهداية في المضاربة اه أي من انه يرابح على أقل الثمنين كما مر وأقول ماذكره الشارح الزيلعي ليس محمولا على رواية كما قال وماذكره في السراج غير مخالف لصريح الرواية فان في المسئلة تفصيلا وكلام كل منهم لا يخرج عن بعض وجوه ذلك التفصيل وبيان ذلك يحتاج الى نقل ماذكره المؤلف في كتاب المضاربة برمته ليتضح الحال ويزول الاشكال بعون الملك المتعال ونصه قوله وان اشترى من المالك بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه أي لو اشترى المضارب من رب المال بالف المضاربة عبدا قيمته ألف وقد اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب مرابحة بما اشتراه رب المال ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه وكذا لو اشتراه رب المال بالف وقيمته ألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضاربة ألف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة قيدنا بكونه لا فضل في قيمة المبيع والثمن على رأس مال المضاربة لانه لو كان فيهما فضل بان اشترى رب المال عبدا بالف قيمته الفان ثم باعه من المضارب بالفين بعدما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفا فانه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة وكذا اذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بان كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة واشتراه رب المال بالف فباعه من المضارب بالف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وأما اذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في قيمة المبيع بان اشترى رب المال عبدا بالف قيمته ألف باعه من المضارب بالفين فانه يبيعه مرابحة 123 على ألف فهو كمسئلة الكتاب فالحاصل ان هذه المسئلة على أربعة أقسام قسمان لا يرابح فيهما الا على ما اشترى به رب المال وهما

ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب

اذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال وحصة المضارب وهما اذا كان فيهما فضل أو في قيمة المبيع فقط وهذا اذا كان البائع رب المال وأما اذا كان البائع المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا الاول أن لا يكون فضل فيهما بان كان رأس المال ألفا واشترى منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف وباعه من رب المال بالف فان رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب الثاني ان يكون الفضل في قيمة المبيع دون الثمن فانه كالاول الثالث أن يكون فيهما فضل فانه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب الرابع أن يكون الفضل في الثمن فقط وهو كالثالث كذا في المحيط مختصرا وقال الشارح الزيلعي ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة ولا شك ان هذه الصورة هو القسم الاول في كلام المحيط فليس كلامه هنا مخالفا لما ذكره هو بنفسه في باب المرابحة انه يضم حصة المضارب وقد اشتبهت هذه المسئلة على كثير حتى زعموا انه وقع منه تناقض وليس كذلك بل ماذكره هنا هو الوجه الاول في كلام المحيط وهو انه لا فضل في الثمن وقيمة المبيع على رأس المال وماذكره في باب المرابحة هو القسم الثالث والرابع في كلام المحيط كما لا يخفى ولهذا صوروا المسئلة هناك بان معه عشرة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر قالوا يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف اه كلام المؤلف رحمه الله تعالى في كتاب المضاربة فهذا هو الجواب الصحيح عن الزيلعي ولم يتعرض لكلام السراج هنا ولا هناك ولا شك ان ماذكره في السراج بقوله لو اشترى رب المال سلعة الخ هو ماذكره المؤلف عن المحيط في القسم الاول من أنه لو كان فيهما فضل بان اشترى رب المال عبدا بالف قيمته ألفان الى آخر ما قدمناه والله تعالى الموفق لا رب سواه

وهو تناقض منه أيضا لموافقته على ذلك وتصريحه بالضم في بابها ولم أر له سلفا ولا من نبه على ذلك في الموضعين وقد كنت قديما في ابتداء اشتغالي حملت كلام الزيلعي في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال وكلامهم في باب المرابحة على ما اذا اشترى المضارب بالجميع لتصريحه في المبسوط بان الربح لا يظهر الا بعد تحصيل رأس المال اه فاذا كان رأس المال ألفا واشترى بنصفها عبدا وباعه بالف لم يظهر الربح لعدم الزيادة على رأس المال لاحتمال هلاك الخمسمائة الباقية فاذا لم يظهر الربح فلا شئ للمضارب حتى يضم وأما اذا اشترى بالالف وباعه بالف وخمسمائة فقط ظهر الربح فتضم حصة المضارب الى المال وهذا التقرير ان شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحوله وقوته (قوله ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) لانه لم يحبس عنده شئ بمقابلة الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وأطلق في قوله بلا بيان ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليما فتعيب عنده أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح من غش فليس منا وفي الخلاصة قبيل

الصرف رجل أراد أن يبيع سلعة معيبة وهو يعلم يجب أن يبينها ولو لم يبين قال بعض مشايخنا يصير فاسقا مردود الشهادة قال الصدر الشهيد ولا نأخذ به اه وأطلق في وطء الثيب ومراده ما اذا لم ينقصها الوطء أما اذا نقصها فهو كوطء البكر والتعيب مصدر تعيب أي صار معيبا بلا صنع أحد بآفة سماوية ويلحق به ما اذا كان بصنع المبيع وشمل ما اذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا وعن محمد انه ان نقصه قدر الا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بامر الله تعالى لا يجب عليه أن يبين بالاولى أنه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب أو احمر لطول مكثه أو توسخ وأورد على قولهم الفائت وصف لا يقابله بشئ من الثمن ما اذا اشتراه باجل فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان وأجيب باعطاء الاجل جزأ من الثمن عادة فكان كالجزء وأورد على قولهم منافع البضع لا يقابلها شئ من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجدها عيبا امتنع ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء لاحتباس جزء من المبيع عنده وأجيب بان عدم الرد انما هو لمانع وهو أنه اذا ردها فلا يخلو اما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ ولا الى الثاني لسلامة الوطء له بلا عوض وهو لا يجوز فاورد الواهب اذا رجع في هبته بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا شئ على الواطئ لسلامتها كلها بلا عوض له فالوطء أولى بخلاف البيع (قوله وبيان بالتعيب ووطء البكر) أي يرابح مع البيان اذا عيبه المشتري أو غيره لانها صارت مقصودة بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين فيقابلها شئ من الثمن وقد حبسها وشمل ما اذا انكسر الثوب بنشره وطيه ودخل تحت الاول ما اذا أصاب الثوب قرض فأر أو حرق نار والقرض بالقاف والفاء والتعيب مصدر عيبه اذا أحدث فيه عيبا وأطلقنا في تعييب غير المشتري فشمل ما اذا أخذ المشتري الارش أولا وما اذا كان بامر المشتري أو بغير أمره وما وقع في الهداية من التقييد بقوله وأخذ المشتري ارشه اتفاقي للوجوب كما في فتح القدير ثم اعلم أن زفر قال لا يرابح الا بالبيان في المسئلتين واختاره الفقيه أبو الليث فقال وقول زفر أجود وبه نأخذ ورجحه في فتح القدير وأشار المؤلف رحمه الله تعالى بالمسئلة الاولى الى أنه اذا وجد بالمبيع عيبا فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضي به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار كذا في فتح القدير (قوله ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري) لان للاجل شبها بالمبيع ألا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب والحاصل ان عدم بيان أصل الاجل خيانة وكذا بيان بعضه واخفاء البعض ولو فرع على قول الثاني ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف ان مثله في هذا يزاد لاجل الاجل قيد بكون الاجل مشروطا وقت العقد لانه لو لم يكن مشروطا ولكنه معتاد التنجيم فقيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا لان الثمن حال بالعقد كما لو باعه حالا ومطله الى شهر فانه يرابح بالثمن

وبيان بالتعيب ووطء البكر ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري

(قوله اسلامتها كلها بلاعوض) حق التعبير أن يقال وأجيب بسلامتها الخ (قوله ودخل تحت الاول) أي تحت ما اذا تعيب بلا صنع أحد (قوله ورجحه في فتح القدير) قال في الفتح واختياره هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا بحطيطة ثم قال لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب أن يبين انه اشتراه في حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ الزام قوي اه قال في النهر وقد يفرق بان الايهام مع تغير السعر واصفرار الثوب أو توسخه ضعيف لا يعول عليه بخلاف ما لو اعورت الجارية فرابحه على ثمنها فانه قوي جدا فلم يغتفر اه قلت وللبحث فيه مجال فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب والكلام حيث لم يدر المشتري بجميع ذلك فلا فرق يظهر فتدبر (قوله وقيل لا) أي لا يلزمه البيان قال في النهر وهو قول الجمهور كما في الشرح

بالثمن و ينبغي ترجيح الاول لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة وعلى كل من القولين لولم يكن مشروطا ولا معروفا وانما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه وفي الخانية رجل عليه ألف درهم من ثمن مبيع طالبه الطالب فقال ليس عندي شئ فقال له الطالب اذهب واعطني كل شهر عشرة لم يكن تأجيلا وكان له أن يأخذه بجميع المال حالا اه (قوله فان أتلف فعلم لزم بألف درهم ومائة) أي ان أتلفه المشتري حالا ثم علم بالاجل لزمه بكل الثمن حالا لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن كذا في الهداية وأورد عليه انه تناقض لانه قال عند قيام المبيع ان الثمن يزداد بالاجل وعند هلاكه قال انه لا يقابله شئ وجوابه ان الاجل في نفسه ليس بمال فلا يقابله شئ حقيقة اذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ويزاد في الثمن لاجله اذا ذكر الاجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا فاعتبر مالا في المرابحة احترازا عن شبهة الخيانة ولم يعتبر مالا في حق الرجوع عملا بالحقيقة والمراد بالاتلاف هلاك المبيع اما بآفة سماوية أو باستهلاك المشتري ولو عبر بالتلف لكان أولى ليفهم الاتلاف بالاولى (قوله وكذا التولية) أي هي مثل المرابحة فيما ذكرناه من الخيار عند قيام المبيع وعدم الرجوع حال هلاكه لابتنائهما على الثمن الاول و ينبغي أن يعود قوله وكذا التولية الى جميع ماذكره للمرابحة فلابد من البيان في التولية أيضا في التعييب ووطء البكر وبدونه في التعيب ووطء الثيب وعن أبي يوسف انه يرد القيمة و يسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما كذا في الهداية وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى الرجوع بفضل ما بينهما (قوله ولو ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) أي البيع لجهالة الثمن وكذا الوولاه بما اشتراه والمرابحة فيهما كالتولية (قوله ولو علم في المجلس خير) أي بين أخذه وتركه لان الفساد لم يتقرر واذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس قيد بالمجلس لانه بعد الافتراق عنه يتقرر الفساد فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية وظاهر كلام المصنف وغيره ان هذا العقد ينعقد فاسدا بعرضية الصحة وهو الصحيح خلافا للمروي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد كذا في فتح القدير وينبغي أن تظهر ثمرة الاختلاف في حرمة مباشرته فعلى الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا والله سبحانه وتعالى أعلم وقد ذكر الشارح هنا خيار الغبن فنتبعه فأقول معنى الغبن في اللغة قال في الصحاح غبنه في البيع والشراء غبنا من باب ضرب مثل غبنه فانغبن وغبنه أي نقصه وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أي منقوص في الثمن أو غيره والغبينة اسم منه اه وفي القنية من اشترى شيأ وغبن فيه غبنا فاحشا فله أن يرده على البائع بحكم الغبن وفيه روايتان ويفتى بالرد رفقا بالناس ثم رقم لآخر وقع البيع بغبن فاحش ذكر الجصاص وهو أبو بكر الرازي في واقعاته ان للمشتري أن يرد وللبائع أن يسترد وهو اختيار أبي بكر الزرنجري والقاضي الجلال وأكثر روايات كتاب المضاربة الرد بالغبن الفاحش وبه يفتى ثم رقم لآخر ليس له الرد والاسترداد وهو جواب ظاهر الرواية وبه أفتى بعضهم ثم رقم لآخر ان غر المشتري البائع فله أن يسترد وكذا ان غر البائع المشتري له أن يرد ثم رقم لآخر قال البائع للمشتري قيمته كذا فاشتراه ثم ظهر انها أقل فله الرد وان لم يقل فلا وبه أفتى صدر الاسلام ثم رقم لآخر ولو لم يغره البائع ولكن غره الدلال فله الرد ولو اشترى فيلق الابريسم خارج البلد ممن لم يكن عالما بسعر البلد بغبن فاحش فللبائع أن يرجع على المشتري بالفيلق مثله في حق المشتري قال لغزال لا معرفة

فان أتلف فعلم لزم بالف درهم ومائة وكذا التولية ولو ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد ولو علم في المجلس خير

(قوله وعلى كل من القولين الخ) قال في النهر انما لم يلزمه البيان لما مر من ان الاصح انهما لو الحقاه شرطا لا يلتحق باصل العقد فيكون تاجيلا مستأنفا وعلى القول بانه يلتحق ينبغي أن يلزمه البيان

(قوله ومثل ما صرف الى حاجته) مقتضاه ان الغزل مثلى لانه موزون لا قيمي ويدل عليه ما يأتي في الربا حيث عده من الاموال الربوية ورأيت بخط بعض مشايخ مشايخنا ما نصه كل ما يكال أو يوزن وليس في تبعيضه مضرة يعني غير المصنوع فهو مثلى وكذا العددي المتقارب كالجوز والبيض والفلوس ونحوها وذكر صدر الاسلام أبو اليسر رحمه الله تعالى في شرح كتاب الغصب ليس كل مكيل مثليا ولا كل موزون انما المثلى من المكيلات والموزونات ما هي متقاربة أما ما هو متفاوت فليس بمثلى فكانت المكيلات والموزونات والعدديات سواء عمادية من أنواع الضمانات اه قلت ورأيت في الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز (فر) الخل والعصير والدقيق والنخالة والجص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبن بجميع أنواعه مثلى ثم ذكر بعده بنحو كراسة ونصف في هذا الفصل في ضمان النساج دفع اليه غزلا لينسج فجحد الحائك الغزل وحلف ثم أقر وجاء به منسوجا فلو نسجه قبل جحوده فله أجره ولو نسجه بعد جحوده ضمن غزلا مثله لانه مثلى ولا أجر له الخ فهذا صريح النقل ولله الحمد فاندفع قول من قال انه قيمي فتنبه (قوله لا يجوز لانه أجر الارض) الظاهر ان لا ساقطة من النسخ قبل قوله لانه (قوله أو بعده بغير اذن البائع) الضمير عائد الى القبض والجار والمجرور متعلق به أو بمحذوف حال منه أي ان القبض الواقع بلا اذن البائع بمنزلة عدم القبض لان للبائع استرداده ليحبسه على الثمن

لي بالغزل فأتني بغزل اشتريه فاتى رجل بغزل لهذا الغزال ولم يعلم به المشتري فجعل نفسه دلالا بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل وصرف المشتري بعضه الى حاجته ثم علم بالغبن وبما صنع فله أن يرد الباقي بحصته من الثمن قال رضي الله تعالى عنه والصواب ان يرد الباقي ومثل ما صرف الى حاجته وليسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتا مملوأ من برفاذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل انفاق شئ من عينه وبعده يرد الباقي ومثل ما أنفق ويسترد الثمن كذا ذكره أبو يوسف ومحمد اه فقد تحرر ان المذهب عدم الرد بغبن فاحش ولكن بعض مشايخنا أفتى بالرد به وفي خزانة الفتاوى خدع بغبن فاحش فالمذهب ليس له الرد وقال أبو بكر الزرنجري يفتى بالرد اه وبعضهم أفتى به ان غره الآخر وبعضهم أفتى بظاهر الرواية من عدم الرد مطلقا وفي الصيرفية اختار عماد الدين الرد بالغبن الفاحش اذا لم يعلم به المشتري وكذا في واقعات الجصاص وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى واختاره النسفي وأبو اليسر البزدوي وقال الامام جمال الدين جدي ان غره فله الرد والا فلا والصحيح ان ما يدخل تحت تقويم المقومين فيسير وما لا ففاحش اه وكما يكون المشتري مغبونا مغرورا يكون البائع كذلك كما في فتاوى قارئ الهداية

﴿فصل﴾ في بيان التصرف في المبيع والثمن قبل قبضه والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون (قوله صح بيع العقار قبل قبضه) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لاطلاق الحديث وهو النهي عن بيع ما لم يقبض وقياسا على المنقول وعلى الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الاختلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر وهو الصحيح كذا في الفوائد الظهيرية وعليه الفتوى كذا في الكافي وفي الخانية لو اشترى أرضا فيها زرع بقل ودفعها الى البائع معاملة بالنصف قبل القبض لا يجوز لانه آجر الارض فان دفع الارض معاملة يكون استئجارا للعامل ولا يكون اجارة وانما لا يجوز لكونه باع نصف الزرع قبل القبض أطلقه وهو مقيد بما اذا كان لا يخشى هلاكه أما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز بيعه كالمنقول ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض اه وفي البناية اذا كان في موضع لا يؤمن أن يصير بحرا أو تغلب عليه الرمال لم يجز وانما عبر بالصحة دون النفاذ أو اللزوم لان النفاذ واللزوم موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع والا فللبائع ابطاله وكذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير اذن البائع فللبائع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد كما قدمناه قيد بالبيع لانه لو اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كذا في الخانية (قوله لا بيع المنقول) أي لا يصح لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قيد بالبيع لان هبته والتصدق

﴿فصل﴾ صح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول

﴿فصل في بيان التصرف في المبيع﴾

به واقراضه من غير البائع جائز عند محمد وهو الاصح خلافا لابي يوسف وأما كتابة العبد المبيع قبل القبض موقوفة وللبائع حبسه بالثمن وان نقده نفذت كذا ذكر الشارح ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز لان الغرر لا يمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق وأما الوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقا لانها أخت الميراث ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية وأطلق البيع فشمل الاجارة لانها بيع المنافع والصلح لانه بيع قالوا امالا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانها بمنزلة المبيع وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح على دم العمد والاصل كما في الايضاح ان كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز ومالا فجائز وأطلق في منع البيع فشمل ما اذا باعه من بائعه قبل القبض لم يصح ولا ينتقض البيع الاول بخلاف ما اذا وهبه منه وقبلها فانه ينتقض لان الهبة مجاز عن الاقالة بخلاف البيع وفي الخانية اشترى عبدا وقبضه ثم تقايلا البيع ولم يتقابضا حتى اشتراه من البائع جاز شراؤه ولو باعه البائع بعد الاقالة من غير المشتري لا يجوز بيعه اهـ وهذا كله في تصرف المشتري في المبيع قبل قبضه فان تصرف فيه البائع قبل قبضه فهو على وجهين اما أن يكون بامر المشتري أو بغير أمره فان كان الاول ذكر في الخانية رجل اشترى عبدا ولم يقبضه فامره أن يهبه من فلان ففعل البائع ذلك ودفعه الى الموهوب له جازت الهبة وصار المشتري قابضا وكذا لو أمر البائع أن يؤاجره فلانا معينا أو غير معين ففعل جاز وصار المستأجر قابضا للمشتري أولا ثم يصير قابضا لنفسه والاجر الذي يأخذه البائع من المستأجر يحسبه من الثمن ان كان من جنسه وكذا لو أعار العبد البائع من رجل قبل التسليم الى المشتري أو وهب أو رهن فاجاز المشتري ذلك جاز ويصير قابضا اهـ ثم قال اشترى ثوبا ولم يقبضه ولم ينقد الثمن ثم قال للبائع لا أئتمنك عليه ادفعه الى فلان يكون عنده حتى أدفع اليك الثمن فدفعه البائع الى فلان فهلك من يده كان الهلاك على البائع لان المدفوع اليه يمسكه للثمن لاجل البائع فتكون يده كيد البائع ولو أمر المشتري البائع بوطء الجارية أو باكل الطعام ففعل كان فسخا للبيع لانه لا يصلح نائبا عن المشتري في ذلك فكان مجازا عن الفسخ ليكون واطئا وآكلا مال نفسه وأما الامر بالبيع فعلى ثلاثة أوجه ان قال البائع بعه لنفسك فباعه كان فسخا وان قال بعه لي لا يجوز البيع ولا يكون فسخا ولو قال بعه أو بعه ممن شئت فباعه كان فسخا وجاز البيع الثاني للمأمور في قول محمد وقال أبو حنيفة لا يكون فسخا وهو كقوله بعه لي ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال للبائع بعه قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل الرؤية يكون فسخا وان لم يقل البائع نعم لان المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية وان قال بعه لي أي كن وكيلا في الفسخ فالم يقبل البائع ولم يقل نعم لا يكون فسخا وان كان ذلك بعد القبض والرؤية لا يكون فسخا ويكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لي اهـ وأما اذا كان بغير أمره ولم يلحقه اجازة فذكر في الخانية رجل اشترى عبدا بالف ولم يقبضه حتى رهنه البائع أو آجره أو أودعه فمات انفسخ البيع ولا يضمن المشتري أحدا من هؤلاء لانه ان ضمنهم رجعوا على البائع ولو أعاره أو وهبه فمات عند المستعير أو الموهوب له أو أودعه فاستعمله المودع فمات من ذلك كان للمشتري الخيار ان شاء أمضى البيع وضمن المستعير والمودع والموهوب له وان شاء فسخ البيع لانه لو ضمن هؤلاء ليس للضامن أن يرجع على البائع ولو

(قوله والصلح لانه بيع) أي الصلح عن الدين كما في الفتح وتعبير النهر بالخلع سبق قلم ان لم يكن من تحريف النساخ

(قوله والاصل كما فى الايضاح الخ) هذا الاصل لا يتمشى على قول محمد فالظاهر انه خاص بابى يوسف تأمل (قوله وان شاء ضمن المشترى الثانى قيمته) أى قيمته يوم قبضه وكذا فى الهبة والعارية كذا فى القنية وفيها اشترى دارا أو عبيدا أو عروضا وتركها فى يد البائع فباعها وربح فالبيع باطل وان أجازه المشترى ففاسد أيضا لانه بيع المبيع قبل القبض ويجب فسخه اه قلت لكن قوله اشترى دارا مبنى على قول محمد بفساد بيع العقار قبل قبضه تأمل (قوله ولم يذكر المؤلف فساد البيع) أى بيع المشترى لما قاله نوح افندى أى يحرم عليه بيعه وأكله حتى يكيله أو حتى يعيد الكيل فلو باعه بلا اعادة الكيل يكون البيع فاسدا نص عليه فى الجامع الصغير وقال بقولنا هذا مالك والشافعى وأحمد اه ومقتضى هذا ان البيع الاول انعقد صحيحا ولكن حل التصرف فيه من أكل أو بيع موقوف على الكيل وكذا صحة البيع الثانى موقوفة على الكيل ووجه ذلك كما دل عليه الفرع الآتى آخرا من فتح القدير ان صحة القبض موقوفة على الكيل ولو قبضه بيده لاحتمال الزيادة فاذا باعه قبل كيله فكأنه باع قبل القبض والتصرف فى المنقول قبل قبضه لا يصح كما مر البيع
فكانت هذه المسئلة من فروع المسئلة التى قبلها فلذا أعقبها بها قبل ذكر التصرف فى الثمن فتدبر (قوله وينبغى الحاق المعدود الخ) ليس هذا بحثا فيما لا نقل فيه فى المذهب لمنافاته لقوله وبه قال أبو حنيفة ولانه سيأتى متنا وانما هو استظهار لوجه الحاقه

ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله

باعه البائع فمات عند المشترى الثانى من عمله أو من غير عمله كان المشترى الاول بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء ضمن المشترى الثانى ثم يرجع المشترى الثانى على البائع بالثمن ان كان نقده الثمن والا لم يرجع ولو أمر البائع رجلا فقتله كان للمشترى ان يضمن القاتل قيمته لانه اذا ضمن لم يرجع على البائع وان أمر البائع رجلا بذبح الشاة فذبحها ان كان الذابح يعلم بالبيع فللمشترى تضمينه ولا رجوع له اه (قوله ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله) أى حتى يعيد كيله لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قيد بقوله كيلا أى بشرط الكيل لانه لو اشتراه مجازفة لا يحرم البيع والاكل قبل الكيل لان الكل له ولم يذكر المؤلف فساد البيع ونص فى الجامع الصغير على فساده لان سبب النهى أمر راجع الى المبيع ولكن النص انما هو فى البيع فالحقوا به منع الاكل قبل الكيل وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية والحقوا بالمكيل الموزون وفى فتح القدير وينبغى الحاق المعدود الذى لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى بالعدد وبه قال أبو حنيفة فى أظهر الروايتين عنه فأفسد البيع قبل العد اه ولا يلزم من حرمة أكله قبل الاعادة كون الطعام حراما فقد نص فى الجامع الصغير انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا انه يأثم لتركه ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا فى سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها فأكلها وتقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا أكله أن يقال فيه أكل حراما كذا فى فتح القدير وقد ليس يقال هذا كأكل المبيع بيعا فاسدا لتعلق حق البائع بجميع المبيع ووجوب فسخه وأما هنا فلا يملك البائع الفسخ ولم يتعلق حق البائع الا بالزيادة الموهومة فيمكن أن يقال فى المبيع فاسدا أكل حراما ولكن رأيت فى الخلاصة فى الايمان من الثانى عشر فى الاكل قال وفى فوائد شمس الائمة الحلوانى لو أكل من الكرم الذى دفع معاملة وهو وقد حلف لا يأكل حراما لا يحنث أما عندهما لا يشكل وعند أبى حنيفة كذلك لان ذلك عقد فاسد عنده فقد أكل ملك نفسه اه فالحق ما فى فتح القدير وانما ذكر المؤلف كيل المشترى وحده دون كيل البائع مع ان الحديث اشترط الصاعين لان صاع البائع ليس بلازم لكل بيع لان البائع اذا ملكه بالارث أو المزارعة أو كان شراؤه مجازفة أو استقرض حنطة على انها كر ثم باعها فالحاجة الى كيل المشترى وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله فى مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشترى مكايلة ثم باع مجازفة قبل الكيل وبعد القبض فى ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفى نوادر ابن سماعة يجوز وانما يحتاج الى كيل البائع اذا كان البائع اشتراه مكايلة وظاهر كلام المصنف يدل على ان كيل البائع لا يكفى عن كيل المشترى وهو محمول على ما اذا كاله البائع قبل

المبيع مطلقا أو بعده في غيبة المشتري أما اذا كاله في حضرته فانه يغني عن كيله وهو الصحيح لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في السلم ان شاء الله تعالى كذا في الهداية ومن هنا ينشأ أفرع وهو مالو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه في المجلس ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشتري منه أولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو ولم يكن قابضا فبيعه بيع مالم يقبض كذا في فتح القدير (قوله ومثله الموزون والمعدود) أي مثل المكيل شراء الموزون وزنا والمعدود عددا فلا يجوز البيع والاكل حتى يعيد الوزن والعد وهو مقيد بغير الدراهم والدنانير أما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كذا في الايضاح وقيد بالمبيع لما في المحيط لو كان المكيل أو الموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لانه اذا جاز قبل القبض فقبل الكيل أولى وهذا كله في غير بيع التعاطي أما هو فقال في القنية ولا يحتاج في بيع التعاطي في الموزونات الى وزن المشتري ثانيا لانه صار بيعا بالقبض بعد الوزن اهـ وفي الخلاصة وعليه الفتوى (قوله لا المذروع) أي لا يحرم بيعه والتصرف فيه قبل اعادة الذرع بعد القبض وان كان اشتراه بشرط الذرع لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب واحتمال النقص انما يوجب خياره وقد أسقطه ببيعه بخلاف القدر وظاهر كلامهم انه لو أفرد لكل ذراع ثمنا صار كالموزون وقد صرح به العيني في شرح الكنز (قوله وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع كذا في الهداية وظاهره انه مخصوص بما لا يتعين والحكم أعم منه ولذا قال في فتح القدير سواء كان مما يتعين أولا سوى بدل الصرف والسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع في السلم والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف وأيده السمع الى آخره وأطلق التصرف قبل قبضه لقيام المطلق فشمل البيع والهبة والاجارة والوصية وتمليكه ممن عليه بعوض وغير عوض الا تمليكه من غير من هو عليه فانه لا يجوز وأشار المؤلف بالثمن الى كل دين فيجوز التصرف في الديون كلها قبل قبضها من المهر والاجارة وضمان المتلفات سوى الصرف والسلم كما قدمناه وأما التصرف في الموروث والموصى به قبل القبض فقدمنا جوازه (قوله والزيادة فيه) أي صحت الزيادة في الثمن (والحط منه) أي من الثمن ويلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر لا يلتحقان وانما يصحان على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير فصار

ومثله الموزون والمعدود لا المذروع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه والزيادة فيه والحط منه

بالمنصوص عليه في الحديث كما هو أظهر الروايتين (قوله أما اذا كان في حضرته فانه يغني عن كيله) أي عن كيل المشتري فيما يظهر وعليه فصورة المسئلة اشتراه مكايلة وكاله لنفسه ثم باعه كذلك وكاله بحضرة المشتري منه اغني ذلك المشتري عن كيله ويحتمل عود الضمير الى البائع وصورته اشتراه مكايلة ولم يكله لنفسه حتى باعه من آخر وكاله بحضرة المشتري منه فانه يغني عن كيله أي كيل البائع ويدل على هذا التعليل بقوله لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وهذا هو المتبادر من كلام الهداية فراجعه لكن ينافيه قوله ومن هنا ينشأ أفرع الخ فان قوله سواء اكتاله للمشتري منه أولا يدل على ان كيله للمشتري منه قبل كيله لنفسه لا يغني عن كيله اللهم الا أن يحمل على ان كيله للمشتري منه وقع في غيبة ذلك المشتري أو يقال ان اللام في قوله للمشتري منه زائدة من تحريف النساخ وأصلها همزة الوصل وأقول المراد بالحضرة أعم من أن يراه أولا قال في القنية بعد مارقم (مح) يشتري من الخباز خبزا كذا منا فيزنه وكفة سنجات ميزانه في دربنده فلا يراه المشتري أومن البائع كذا منا فيزنه في حانوته ثم يخرجه اليه موزونا لا يجب عليه اعادة الوزن وكذا اذا لم يعرف عدد سنجاته قال رضي الله تعالى عنه فعرف بهذا انه اذا عرف المشتري وزن السنجات ورآها أن يكتفي بذلك خلاف مادل عليه ظاهر نهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري اهـ (قوله وكذا الحط) أي لا يلتحق بأصل العقد وقوله فلا يمكن اخراجه أي اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع كذا في الحواشي السعدية

كما اذا اسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد واذا صح يلتحق بالعقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه ولذا قيد بقوله منه لاخراج حط الكل وفائدة الالتحاق تظهر في مسائل الاولى التولية الثانية المرابحة فيجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي بعد المحطوط الثالثة الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط وانما كان له أن يأخذ بدون الزيادة لما فيها من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه الرابعة في الاستحقاق حتى يتعلق الاستحقاق بالجميع فيرجع المشتري على البائع بالكل ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل الخامسة في حبس المبيع فله حبسه حتى يقبض الزيادة السادسة في فساد الصرف بالحط أو الزيادة للربا كأنهما عقداه متفاضلا ابتداء ومنع أبو يوسف صحة الزيادة فيه والحط ولم يبطل البيع ووافقه محمد في الزيادة وجوز الحط على أنه هبة مبتدأة كذا في الخلاصة ولم يذكر المصنف شرط صحة الزيادة في الثمن وشرط لها في الهداية بقاء المبيع فلا يصح بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا اهـ بخلاف الزيادة في المبيع فانها جائزة بعد هلاكه لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم كذا في الخلاصة وفي الخلاصة أيضا وشرطها في الثمن من المشترين بقاء المبيع وكونه محلا للمقابلة في حق المشتري حقيقة ولو كانت جارية فاعتقها أو دبرها أو استولدها أو كاتبها أو باعها من غيره بعد القبض ثم زاد في الثمن لا يجوز والمذكور في الكتاب قولهما وهما رويا عن أبي حنيفة أنه يجوز ولو أجرها أو رهنها أو اشترى شاة فذبحها ثم زاد في الثمن جاز بخلاف ما اذا ماتت الشاة ثم زاد في الثمن فانه لا يجوز لانها لم تبق محلا للبيع بخلاف الاول حيث قام الاسم والصورة وبعض المنافع وجملة هذا في كتاب نظم الزندوستي قال أحد عشر شيأ اذا فعل المشتري ثم زاد في الثمن لا يصح أولها اذا كانت حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فجعله قلية أو سكباجة أو جعله اربا اربا أو كان عبدا فاعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولد الجارية أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه الحادي عشر أو كانت جارية فماتت ولو فعل اثنى عشر ثم زاد يجوز أولها المبيع لو كانت شاة فذبحها وان كان قطنا محلوجا فندفه أو غير محلوج فلحجه أو كرباسا فخاطه خريطة من غير أن يقطعه أو حديدا فجعله سيفا أو كانت جارية فرهنها أو أجرها أو كانت خوابة فبناها أو آجرها أو أجر الارض ثم زاد في الثمن ومنها اذا باعها ثم ان المشتري الثاني لقي البائع الاول فزاد في الثمن جاز ومنها المزارع اذا زاد رب الارض السدس في نصيبه والبذر منه قبل أن يحصده جاز وبعده لا الكل في النظم اهـ وفي تلخيص الجامع من باب ما يمنع الزيادة في الثمن تلحق العقد مغيرا وصفه لا أصله حذارا اللغو كالخيار بعد ما زاد الاصل ولذا ٧ وار وكذا قوله وتمامه فيه ولو عبر باللزوم بدل الصحة لكان أولى لانها لازمة حتى لو ندم المشتري بعد ما زاد يجبر اذا امتنع كما في الخلاصة وأطلقها فشمل ما اذا كانت من جنس الثمن أو من غيره وما اذا كانت في مجلس العقد أو بعده مدة كما في الخلاصة وترك قيدا لا بد منه وهو قبول البائع في المجلس حتى لو زاده فلم يقبل حتى تفرقا بطلت كذا في الخلاصة وأطلق فيمن زاد فشمل المشتري ووارثه فتصح الزيادة من الورثة كما تصح من العاقدين كذا في الخلاصة وهو شامل للزيادة في المبيع أيضا لكن يرد عليه الزيادة من الاجنبي وحاصلها كما في الخلاصة معزيا الى الجامع الكبير لو زاد الاجنبي فان زاد بامر المشتري يجب على المشتري لا على الاجنبي كالصلح وان زاد بغير أمره فان أجازه المشتري لزمته وان لم يجز بطلت الزيادة ولو كان حين زاد ضمن عن المشتري أو أضافها الى مال

نفسه

(قوله لان وصف الشئ يقوم به) يعني ان الزيادة في الثمن والحط منه وصف له فتلتحق بالعقد لان وصف الشئ الخ وفي الحواشي السعدية أقول الزيادة في المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيما اذا كانت مبيعة (قوله بخلاف حط الكل) أي فلا يصح قال في الحواشي السعدية يعني بطريق الالتحاق والا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله وترك قيدا لا بد منه الخ) قال الرملي في حواشي المنح هكذا ذكر صاحب البحر فتبعه المصنف مع ظهور الاستغناء عنه اذ الزيادة تمليك للبائع فلا تدخل في ملكه بدون قبوله بخلاف الحط فانه ابراء وهو لا يتوقف على القبول ولو رده ارتد كما يفهم من عباراتهم في هذا المحل تأمل

٧ هكذا هذه العبارة بنصها في جميع النسخ التي بايدينا ولينظر ما معناه فليتأمل اهـ

مصححه

نفسه لزمته الزيادة ثم ان كان بامر المشتري رجع والا فلا وأما الحط فانه جائز في جميع المواضع في موضع تجوز الزيادة وفي موضع لا تجوز اهـ وأما الزيادة في المهر فشرطها بقاء المرأة فلو زاد فيه بعد موتها لم تصح وأما الزيادة بعد طلاقها أو عتقها لو كانت أمة فقدمنا أحكامها في المهر وأما الزيادة في الاجرة بعد استيفاء بعض المعقود عليه فغير صحيحة وتجوز الزيادة في العين والمدة كذا في القنية وأما الزيادة في الرهن فسيأتي انها صحيحة في الرهن لا في الدين وفي الخانية من كتاب المزارعة لو زاد أحدهما في نصيب الآخر ان كان قبل ادراك الزرع جاز مطلقا وان كان بعده جاز من الذي لا بذر له لانه حط ولا يجوز ممن البذر منه لانه زيادة وشرطها قيام السلعة اهـ (قوله والزيادة في المبيع) أي وصحت ولزم البائع دفعها بشرط قبول المشتري وتلتحق أيضا بالعقد فيصير لها حصة من الثمن حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء بهلاكها قبل القبض وكذا اذا زاد في الثمن عرضا كما لو اشتراه بمائة وتقابضا ثم زاده المشتري عرضا قيمته خمسون وهلك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد في ثلاثة كذا في القنية وقدمنا انه لا يشترط فيها قيام المبيع فتصح بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثمن وقد ذكر الزيادة في المبيع ولم يذكر الحط وذكرهما في الثمن فظاهره عدم صحة الحط من المبيع وصرح في المحيط بأن المبيع ان كان دينا يصح الحط منه وان كان عينا لم يصح الحط منه لانه اسقاط واسقاط العين لا يصح اهـ قيد بالمبيع لان الزيادة في الزوجة كما اذا زوجه أمة فزاده أخرى لم يصح بخلاف الزيادة في المهر وأطلق في الحط من الثمن فشمل ما اذا كان قبل قبضه أو بعده فاذا حط عنه بعدما أوفاه الثمن أو أبرأه فقال في الذخيرة لو ذهب بعض الثمن من المشتري قبل القبض أو أبرأه عن القبض فهو حط وان كان بعد القبض ثم حط البعض أو وهبه صح ووجب على البائع مثل ذلك للمشتري ولو أبرأه عن البعض بعد القبض لا يصح وكان يجب أن لا تصح الهبة والحط بعد القبض أيضا كالابراء لان المشتري قد برئ من الثمن بالايفاء والهبة والحط لم يصادف دينا قائما في ذمة المشتري والجواب أن الدين باق في ذمة المشتري بعد القضاء لانه لم يقض عين الواجب حتى لا يبقى في الذمة انما قضى مثله فبقي ما في ذمته على حاله الا أن المشتري لا يطالب به لان له مثل ذلك على البائع بالقضاء فلو طالب البائع المشتري بالثمن كان للمشتري أن يطالب البائع أيضا فلا تفيد مطالبة كل واحد منهما صاحبه فعلم أن الثمن باق في ذمة المشتري بعد القضاء والهبة والحط صادف دينا قائما في ذمة المشتري بعد القضاء وانما لم يصح الابراء لان الابراء على نوعين براءة قبض واستيفاء وبراءة اسقاط فاذا أطلق حمل على الاول لانه أقل كأنه نص عليه وقال أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع ولو قال أبرأتك براءة اسقاط صح ووجب على البائع رد ما قبض من المشتري بخلاف الهبة والحط لا يتنوع الى نوعين وانما هي اسقاط واذا وهب كل الدين أو حط أو أبرأه منه فهو على ما ذكرنا هذا جملة ما أورده شيخ الاسلام في شرح كتاب الشفعة وفي شرح كتاب الرهن وذكر شمس الائمة السرخسي في الباب الثاني في شرح كتاب الرهن أن الابراء المضاف الى الثمن بعد الاستيفاء صحيح حتى يجب على البائع رد ما قبض من المشتري وسوى بين الابراء والهبة والحط فيتامل عند الفتوى واختلفوا فيما اذا أبرأه ولم يعين انها اسقاط أو استيفاء فان قلت هل لبقاء الدين بعد ايفائه فائدة أخرى قلت نعم لو كان بالدين رهن ثم قضاء الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بالدين ووجب عليه رد المقبوض بخلاف ما لو أبرأه ثم هلك قال الزيلعي في بابه والفرق أن الابراء يسقط به الدين أصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب

(قوله أو أبرأه عن القبض كذا في منح الغفار أيضا) قال الرملي في حاشيته عليها هكذا رأيته في خطه وخط صاحب البحر وهو سبق قلم من صاحب البحر فتبعه المؤلف فيه والصواب أو أبرأه عن البعض اهـ قلت وهكذا عبارة الذخيرة ونصها أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض (قوله فيتامل عند الفتوى) هذا من عبارة الذخيرة وقوله واختلفوا الخ الاولى ذكره بالفاء ليكون بيانا لحاصل ما قدمه وهو ان الاختلاف في صورة عدم التعيين قال في النهر وعرف من هذا انه لا خلاف في رجوع الدافع بما أداه اذا أبرأه براءة اسقاط وفي عدم رجوعه اذا أبرأه براءة استيفاء وان الخلاف مع الاطلاق وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بابرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق فاذا أبرأته براءة اسقاط وقع ورجع عليها كذا في الاشباه

(قوله فلا يطالب المشتري بالمبيع الخ) أي لا يكون للمشتري أن يطالب البائع بالمبيع حتى يدفع المشتري له الزيادة وللبائع حبس المبيع حتى يقبضها من المشتري هذا معنى هذه العبارة ولا يخفى ان المراد بالزيادة فيها الزيادة في الثمن وقد تقدم ذلك والكلام الآن في الزيادة في المبيع (قوله وهي حيلة تأجيل القرض) قال في النهر لكن في السراج قال أبو يوسف اذا أقرض رجل رجلا مالا فكفل به رجل عنه الى وقت كان على الكفيل الى وقته وعلى المستقرض حالا اه وسيأتي في كتاب الكفالة ذكر المسئلة أيضا ونقل المؤلف هناك عن التتارخانية معزيا الى الذخيرة والغياثية ما يوافق ما في السراج وذكر في أنفع الوسائل مثله عن عدة كتب وذكر ان هذه الحيلة لم يقل بها أحد غير الحصيري في التحرير وانه اذا تعارض كلامه وحده مع كلام كل الاصحاب لا يفتى به (قوله بل كذلك لا يصح تأجيل الدين في صور الخ) قال في النهر بعد ذكره لها وظاهر كلامهم يعطي ان في هذه المسائل لا يصح التأجيل أصلا لا انه يصح ولا يلزم كما هو ظاهر ما في البحر اذ جعله ملحقا بالقرض ثم قال والحاصل ان تأجيل الديون على ثلاثة أوجه الخ وقد علمت ما هو الواقع اه قلت الظاهر ان المراد بالباطل هنا ما لا يجوز فعله والمضي وبالصحيح ما يجوز

و يتعلق الاستحقاق بكله وتأجيل كل دين الا القرض

للدين وقد كتبنا في الفوائد الفقهية من كتاب المداينات له فائدتين أيضا (قوله و يتعلق الاستحقاق بكله) أي بكل ما وقع العقد عليه وبالزيادة فلا يطالب المشتري بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع حبسه حتى يقبضها واذا استحق المبيع رجع المشتري على بائعه بالكل واذا أجاز المستحق استحق الكل واذا رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية رجع المشتري على بائعه بالكل وفي فتاوى قاضيخان من الشفعة الوكيل بالبيع اذا باع الدار بالف ثم ان الوكيل حط عن المشتري مائة من الثمن صح حطه ويضمن قدر المحطوط للآمر ويبرأ المشتري عن المائة ويأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد اه (قوله وتأجيل كل دين الا القرض) أي صح لان الدين حقه فله أن يؤخره سواء كان ثمن مبيع أو غيره تيسيرا على من عليه ألا ترى أنه يملك ابراءه مطلقا فكذا مؤقتا ولا بد من قبوله ممن عليه الدين فلو لم يقبله بطل التأخير فيكون حالا كذا ذكره الاسبيجابي ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة ان دفعت الى غدا خمسمائة فالخمسمائة الاخرى مؤخرة عنك الى سنة فهو جائز كذا في الذخيرة وانما لا يؤجل القرض لكونه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والوصي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ومرادهم من الصحة اللزوم ومن عدم صحته في القرض عدم اللزوم وأطلقه فشمل ما اذا أجله بعد الاستهلاك أو قبله هو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم أو الدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ كذا في فتح القدير واذا لزم فان كان للمحيل على المحال عليه دين فلا اشكال والا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا اليه أشار في المحيط وفي الظهيرية القرض المجحود يجوز تأجيله وفي القنية من كتاب المداينات قضى القاضي بلزوم الاجل في القرض بعد ما ثبت عنده تأجيل القرض معتمدا على قول مالك وابن أبي ليلى يصح ويلزم الاجل وفي تلخيص الجامع من كتاب الحوالة لو كفل بالحال مؤجلا تأخر عن الاصيل وان كان قرضا لان الدين واحد وهي حيلة تأجيل القرض اذ يثبت ضمنا ما يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق ولا يلزم ما أجل بعد الكفالة اذ موضوعها أن يضيف الى اللازم بالكفالة لا الدين حتى لو عكس تأخر عن الاصيل أيضا حذو الابراء اه ولم يستثن المصنف رحمه الله تعالى من عدم صحة تأجيل القرض شيأ واستثنى منه في الهداية ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي اه ولا ينحصر في هذه الصورة بل كذلك اذا كان له قرض على انسان فأوصى أن يؤجل سنة صح ولزم كما في القنية وقد كتبنا في الفوائد الفقهية أن المستثنى لا ينحصر في القرض بل كذلك لا يصح تأجيل الدين في صور الاولى لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح لان الدين في الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الثمن من نماء المال فاذا مات من له الاجل تعين المتروك لقضاء

(قوله وفي الخلاصة وابطال الاجل الخ) أي ابطال الاجل عن المدون يبطل اذا علق بشرط فاسد وقوله ولو قال الخ تفريع على مفهوم هذا الاصل فان الشرط غير فاسد فلذا صح ابطال الاجل ولم أر المسئلة في هذا المحل من الخلاصة ولعل صورته أن يقول المديون ان أعطيتني كذا فقد أبطلت الاجل وانظر ما يأتي قبيل قوله ومالا يبطل فالشرط آخر المتفرقات (قوله ولا يجوز في غير المثلي) أي قصدا قال المؤلف أوائل فصل الفضولي واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب عليه قيمته اه وتمامه في الزيلعي هناك (قوله ويجبر الدائن على قبول الاجود وقيل لا) صحح في الخانية الثاني فقال لا يجبر على القبول كما لو دفع اليه أنقص مما عليه وان قبل جاز كما لو أعطاه خلاف الجنس وذكر في بعض الكتب انه اذا أعطاه أجود مما عليه يجبر على القبول عندنا خلافا لزفر والصحيح هو الاول اه (قوله ولو اشترى بقرض له عليه فلوسا جاز) في لسان الحكام وفي المحيط رجل له على آخر فلوس أو طعام فاشترى ما عليه بدراهم أو دنانير وتفرقا قبل نقد الثمن كان العقد باطلا وقال العمادي وهذا فصل يجب حفظه وكل الناس عنه غافلون اه فتاوى الطوري (قوله ولو اشترى المستقرض الكر القرض من

الدين فلا يصير التأجيل كذا في الخلاصة وظاهره انه في كل دين وذكره في القنية في القرض الثانية أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح كما سيأتي فيهما وهو مذكور في القنية وفي الخلاصة بموت البائع لا يبطل الاجل ويبطل بموت المشتري الثالثة تأجيل ثمن المبيع عند الاقالة لا يصح كما قدمناه عن القنية والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل وهو تأجيل بدلي الصرف والسلم وصحيح غير لازم وهو القرض والدين بعد الموت وتأجيل الشفيع وثمن المبيع بعد الاقالة ولازم فيما عدا ذلك قال قاضيخان في فتاواه المديون اذا قال برئت من الاجل أو لا حاجة لي في الاجل لهذا الدين لم يكن ابطالا للاجل ولو قال أبطلت الاجل أو قال تركته صار حالا والمديون اذا قضى الدين قبل حلول الاجل فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفا فرده كان الدين عليه الى أجله ولو اشترى من مديونه شيأ بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع لا يعود الاجل ولو وجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الاجل ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اه وفي الخلاصة وابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما دخل نجم ولم يؤد فالمال حال صح والمال يصير حالا اه ﴿تتمة﴾ في مسائل القرض قال في المحيط ويجوز القرض فيما هو من ذوات الامثال كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالبيض والجوز لان القرض مضمون بالمثل ولا يجوز في غير المثلي لانه لا يجب دينا في الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح والمقبوض بقرض فاسد يتعين للردوفي القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل وان كان قائما وعن أبي يوسف ليس له اعطاء غيره الا برضاه وعارية ما جاز قرضه قرض ومالا يجوز قرضه عارية ولا يجوز قرض جر نفعا بان أقرضه دراهم مكسرة بشرط رد صحيحة أو أقرضه طعاما في مكان بشرط رده في مكان آخر فان قضاه أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الاجود وقيل لا كذا في المحيط وفي الخلاصة القرض بالشرط حرام والشرط ليس بلازم بان يقرض على أن يكتب الى بلد كذا حتى يوفي دينه اه وفي المحيط ولا باس بهدية من عليه القرض والافضل أن يتورع اذا علم أنه انما يعطيه لاجل القرض أو أشكل فان علم أنه يعطيه لا لاجل القرض بل لقرابة أو صداقة بينهما لا يتورع وكذا لو كان المستقرض معروفا بالجود والسخاء جاز ولا يجوز قرض مملوك أو مكاتب درهما فصاعدا لان فيه معنى التبرع ولو اشترى بقرض له عليه فلوسا جاز ويشترط قبضها في المجلس ولو أمر المقرض المستقرض أن يصارف بماله عليه لم يجز عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسئلة أسلم مالي عليك ولو دفع المستقرض الى المقرض دراهم ليصرفها بدنانير ويأخذ حقه منه فهو وكيل وأمين فلو تلفت قبل أن يستوفي دينه لا يبطل دينه وبيع الدين بالدين جائز اذا افترقا عن قبضهما في الصرف أو عن قبض أحدهما في غير الصرف ولو اشترى المستقرض الكر القرض من المقرض جاز

المقرض جاز الخ) قال الرملي المراد بالكر الكر الدين الثابت بذمة المستقرض لا الكر العين لانه لا يجوز شراؤه له لانه ملكه كما سيأتي اه كلام الرملي وأقول في الاشباه من أحكام الملك اختلفوا في القرض هل يملكه المستقرض بالقبض أو بالتصرف وفائدته ما في البزازية باع المقرض من المستقرض الكر المستقرض الذي في يد المستقرض قبل الاستهلاك يجوز لانه صار ملكا للمستقرض وعند الثاني لا يجوز لانه لا يملك المستقرض قبل الاستهلاك اه وليتامل في مناسبة التعليل للحكم اه قال الحموي فان

الحكم بالعكس كما في الولوالجية والخانية وغيرهما وسبب الاشكال ان لا سقطت من كلام الناسخ الاول من قوله يجوز حيث قال باع المقرض من المستقرض قبل الاستهلاك يجوز والصواب لا يجوز وزاد في قوله وعند الثاني لا يجوز والصواب يجوز بعد اصلاح عبارتها باثبات لا في العبارة الاولى واسقاطها من الثانية بقي التعليل مناسبا للحكم اهـ كلام الحموي قلت وقد رأيت في نسختين من البزازية لا يجوز في الاول ويجوز في الثاني فلا اشكال هذا وقد نبه الرملي في عبارته السابقة على شئ دقيق من لم يلاحظه يقع في الخبط وهو ان بيع المقرض الكر من المستقرض تارة يكون للكر الذي استقرضه بعينه وتارة يكون للذي في ذمته فان كان الاول فحكمه مامر ولذا قيده البزازي بقوله الكر الذي في يد المستقرض فلا يجوز بيعه اذا كان قائما عندهما قال في الذخيرة لان عندهما المستقرض يصير ملكا للمستقرض بنفس القرض فيصير مشتريا ملك نفسه أما على قول أبي يوسف فالكر المستقرض باق على ملك المقرض فيصير المستقرض شاريا ملك غيره فيصح قال ولو كان المستقرض هو الذي باع الكر من المقرض جاز ذكر المسئلة من غير ذكر خلاف وانه ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد لان المستقرض ملكه بنفس القرض عندهما فانما باع ملك نفسه واختلف المشايخ على قول أبي يوسف بعضهم قالوا يجوز لانه على قوله وان كان المستقرض لا يملكه بنفس القرض الا انه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكا فيصير متملكا له وبالبيع من المقرض صار متصرفا فيه ومستهلكا على نفسه ملكه وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه اهـ كلام الذخيرة وان كان الثاني فقد قال في الذخيرة أيضا قال محمد رجل أقرض رجلا كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم ان المستقرض اشترى من المقرض الكر الطعام الذي له عليه بمائة دينار جاز لان الكر القرض دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف ولا بعقد السلم وبيعه جائز ثم ان محمدا لم يذكر ان الكر المستقرض قائم في يد المستقرض وقت الشراء أو مستهلك لجوازه مطلقا فان كان مستهلكا وقت الشراء فالجواز قول الكل لانه يصير ملكا للمستقرض بالاستهلاك ويجب مثله دينا في ذمته بلا خلاف فاذا اشترى الكر الذي عليه للمقرض فقد أضاف الشراء الى ماهو موجود فيصح بلا خلاف وان قائما

ويشترط قبض ثمنه في المجلس فان أدى الثمن فوجد بالكر عيبا رده أو رجع بنقصان العيب ولو اشترى ماعليه بكر مثله جاز ان كان عينا ولا يجوز ان كان دينا فلو وجد بالمقروض عيبا لم يرجع بنقصان العيب ولو اشترى المستقرض كر المقرض بعينه لم يجز لانه ملكه الا في رواية عن أبي يوسف ولو باعه من المقرض جاز ولا ينفسخ القرض اهـ وفي القنية من باب القروض شراء الشئ اليسير بثمن غال اذا كان له حاجة الى القرض يجوز ويكره استقرض عشرة دراهم فارسل عبده ليأخذها من المقرض فقال المقرض دفعته اليه وأقر العبد به وقال دفعتها الى مولاي وأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولا شئ عليه ولا يرجع المقرض على العبد لانه أقر أنه قبضها بحق استقراض

الدقيق

فالجواب قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لانه يصير مملوكا بنفس القبض بحكم القرض عندهما ويجب مثله دينا في الذمة أما على قول أبي يوسف ينبغي أن لا يجوز لانه على قوله لا يصير ملكا للمستقرض مالم يستهلكه ولا يجب مثله دينا في الذمة قبله وان أضاف الشراء الى الكر الذي في ذمته ولا كر في ذمته فقد أضافه الى المعدوم فلا يجوز اهـ (قوله ويشترط قبض بدله في المجلس) قال في الذخيرة فان قبض المقرض الثمن من المستقرض قبل أن يتفرقا فالشراء ماض على صحته لان الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حقيقة فيما ليس بصرف وان افترقا قبل القبض انتقض البيع وعاد الكر دينا في ذمة المستقرض لان الافتراق حصل عن دين بدين فان قيل ينبغي أن لا يبطل العقد لان الكر في ذمة المستقرض في حكم المقبوض والجواب انه وان كان في حكم المقبوض الا انه دين حقيقة فالدراهم اذا لم تقبض فهو دين بدين حقيقة وحكما وكان الرجحان لجانب الدينية والعبرة للراجح اهـ وتمامه فيها (قوله فان أدى الثمن الخ) قال الرملي انما كان له رده والرجوع بنقصان العيب لانه شرى ما في ذمته ودفع له ثمنه على انه سليم فبان معيبا فيرجع بنقصانه وأما الكر المردود فليس هو المبيع بخلاف ما اذا اشتراه بكر مثله حيث لا يرجع بالنقصان لانه يكون ربا اذ الربوي اذا بيع بجنسه فالشرط المساواة والزائد ربا مطلقا سليما كان أو معيبا فتأمل (قوله يجوز ويكره) قال في الذخيرة ذكر الخصاف ان هذا جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة امام بلخ فانه روى انه كان له سلع وكان اذا استقرض انسان منه شيأ كان يبيعه أولا سلعة بثمن غال ثم نقد منه بعض الدنانير الى تمام حاجته وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك وكانوا يقولون هذا قرض جر منفعة ومن المشايخ من قال ان كانا في مجلس واحد كره والا لا بأس به وكان الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني يفتي بقول الخصاف

ومحمد بن سلمة ويقول هذا ليس بقرض جر منفعة هذا بيع جر منفعة وهى القرض اه ملخصا وسيذكر المؤلف قبيل قوله وطلته

﴿باب الربا﴾ (قوله ففضل قفيزى شعير الخ) تفريع على قوله أحد المتجانسين القدر والجنس زيادة على ماذكره هنا وقوله وكذا فضل عشرة أذرع تفريع على قوله بالعيار الشرعى فان الذرع ليس منه (قوله وترك المصنف قيد الابد منه الخ) عبارة ابن الكمال خال عن عوض شرط فى أحد البدلين قال فى شرحه فلو وجد الفضل فى أحد البدلين ولم يكن مشروطا فى العقد أو كان مشروطا فيه ولم يكن فى أحد البدلين بان يكون لغير

الدقيق وزنا يجوز والاحتياط أن يبرئ كل صاحبه والجواز رواية عن أبى يوسف ورواية الاصل بخلافه استقراض الحنطة وزنا يجوز وعنهما خلافه بخارى استقرض من سمرقندى حنطة بسمرقند ليدفعها ببخارى ليس له المطالبة الا بسمرقند وفى استقراض السرقين اختلاف المشايخ بناء على أنه مثلى أو قيمى واستقراض العجين فى بلادنا وزنا يجوز لاجزافا ولم يتعرض لاستقراض الخميرة وينبغى الجواز من غير وزن وسئل النبى صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا فقال مارآه المسلمون حسنا فهو حسن عند الله ومارآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح أنفق من قصاب لحوما ولم يذكر أنه قرض أو شراء فذلك قرض فاسد علكه بالقبض ولا يحل أكله القرض الفاسد يفيد عند القبض الملك يعطيه مديونه حنطة ينفقها ويحسبها فله انفاقها وتكون قرضا والدبس من ذوات القيم فينبغى أن لا يجوز استقراضه عشرون رجلا جاؤا واستقرضوا من رجل وأمروه أن يدفع الدراهم الى واحد منهم فدفع ليس له أن يطالب منه الا حصته وحصل بهذا رواية مسئلة أخرى أن التوكيل بقبض القرض يصح وان لم يصح التوكيل بالاستقراض اه والله أعلم

﴿باب الربا﴾

وجه مناسبته للمرابحة أن فى كل منهما زيادة الا أن تلك حلال وهذه حرام والحل هو الاصل فى الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء وفتحها خطأ وفى المصباح الربا الفضل والزيادة وهو مقصور على الاشهر ويثنى ربوان بالواو على الاصل وقد يقال ربيان على التخفيف وينسب اليه على لفظه فيقال ربوى قاله أبو عبيد وغيره وزاد المطرزى فقال الفتح فى النسبة خطأ اه وليس المراد مطلق الفضل بالاجماع فان فتح الاسواق فى سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وانما المراد فضل مخصوص فلذلك عرفه شرعا بقوله (فضل مال بلاعوض فى معاوضة مال بمال) أى فضل أحد المتجانسين على الآخر بالعيار الشرعى أى الكيل والوزن ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لا يكون ربا وكذا فضل عشرة أذرع من ثوب هروى على خمسة منه وقيد بقوله بلاعوض أى خال عنه ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير فان للثانى فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس الى خلاف جنسه وقيد بالمعاوضة لان الفضل الخالى عن العوض الذى فى الهبة ليس بربا وترك المصنف قيدا لابد منه وهو أن يكون الفضل الخالى مشروطا فى العقد لاحد المتعاقدين وقد قيده به فى الوقاية وقال شارحها انما قيد به لانه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا وفى البناية قال علماؤنا هو بيع فيه فضل مستحق لاحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط فى هذا العقد وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا وفى الذخيرة من كتاب المداينات من الفصل الثانى عشر فى المتفرقات قال محمد اذا اشترى الرجل من

البائع والمشترى لا يكون ربا وانما قال فى أحد البدلين ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون فضوليا والمعتبر كون الفضل للبائع أو للمشترى اه تأمل (قوله وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا) هذا التعميم غير ظاهر لان من البيوع الفاسدة ماسكت فيه عن الثمن وبيع عرض بخمر أو بام ولد فتجب القيمة وعلك بالقبض وكذا بيع جذع فى سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض وبيع ثوب من ثوبين والبيع الى النيروز ونحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك فى البيع الفاسد بسبب شرط فيه نفع لاحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ويؤيد ذلك ماذكره الزيلعى قبيل باب الصرف فى بحث ما يبطل بالشرط الفاسد حيث قال والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لاما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون

﴿باب الربا﴾
فضل مال بلاعوض فى معاوضة مال بمال

غيرهامن المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه اه ملخصا (قوله ولا يرد على المصنف ما في جمع العلوم الخ) ههنا كلام وهو ان التعريف لا يصدق على ربا النسيئة أما أولا فلان في صورة زيادة أحد البدلين الغير الحاضر على الآخر الحاضر فضل لكن غير خال عن العوض لان نقدية الحاضر عوض لفضل غير الحاضر الا أن يقال ان الشرع لم يعتبرها عوضا والمراد العوض الشرعي وأما ثانيا فلان ربا النسيئة قد يتحقق مع التساوي بالمعيار الشرعي على ما سيجيء آنفا الا أن يقال ان المقصود تعريف الربا الحقيقي المتبادر منه عند الاطلاق وانما هو ربا الفضل فلا بأس بخروج ماذكر عن التعريف كما لا يخفى فتدبر يعقوبية (قوله ورد مثله) معطوف على قوله ١٣٦ لولم يصح الابراء لا على الابراء فهو فعل ماض ومثله مفعوله (قوله فيجب ذلك حقا لله تعالى) بنصب يجب بان مضمرة بعد الفاء في جواب النفي وفي بعض النسخ ليجب باللام وفي بعضها فكيف يجب (قوله وانما الذي يجب حقا للشرع الخ) قال بعض الفضلاء قد علمت ان العقد المذكور تعلق بسببه حقان حق العبد وهو رد عينه ان كان باقيا ورد ضمانه ان كان مستهلكا وحق الشرع وهو رد عينه بنقض العقد السابق المنهي عنه شرعا وابراء العبد انما يكون فيما يملكه وهو الدين الثابت في الذمة ولاشك في براءته عنه لان المالك قد أبرأه منه وأما فيما لا يملكه وهو حق الشرع فلا عمل لابرائه فيه لانه ليس حقا له وقد تعذر بعدم التصور بعد الهلاك وكلام ركن الدين مفروض فيه ألا تراه علل بقوله لان رده لحق الشرع وماذكره البزدوي صريح لا في ان الثابت في الذمة وهو ضمانه قابل للابراء فالواجب القطع بان الضمان الثابت بالاستهلاك في الذمة يقع الابراء عنه وأما حق الشرع فاصالة لادخل للعبد فيه فكيف يقول بابرائه تامل وقد قدم قبل هذه الورقة بسبع ورقات الابراء العام في ضمن عقد فاسد لا يمنع الدعوى كذا في دعوى البزازية وقد ذكرنا بعد هذا ان الابراء عن الربا لا يصح فتسمع الدعوى به وتقبل البينة اه كلام شيخنا السيد الحموي في حاشية الاشباه أقول لا يخفى عليك ان الحادثة كانت في الابراء بعد الاستهلاك وليس هذا الا في حق العبد كما قرره فحمل كلام ركن الدين على معنى انه لا يصح للابراء عن الربا نفسه وان صح في ذاته لكنه لا يناسب الحادثة المسؤل عنها فلا ينبغي حمله على ذلك فتدبر (قوله لارد ضمانه) يعني حقا للشرع وأما رده حقا للعبد فواجب سيد حموي

آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فزاد عليها دانقا فوهبه دانقا ولم يدخله في البيع ان لم يكن مشروطا في الشراء لا يفسد الشراء لانه اذا وهب الدانق منه انعدم الربا قالوا انما تصح هبة الدانق اذا كانت الدراهم بحيث يضرها الكسر لانها حينئذ هبة مشاع فيما لا يحتمل القسمة اه وفي جمع العلوم الربا شرعا عبارة عن عقد فاسد وان لم يكن فيه زيادة لان بيع الدرهم بالدرهم نسيئة ربا وان لم يتحقق فيه زيادة اه ولا يرد على المصنف ما في جمع العلوم من ربا النسيئة لان فيه فضلا حكما والفضل في عبارته أعم منه ومن الحقيقي وظاهر ما في جمع العلوم وغيره أن المشتري يملك الدرهم الزائد اذا قبضه فيما اذا اشترى درهمين بدرهم فانهم جعلوه من قبيل الفاسد وهكذا صرح به الاصوليون في بحث النهي فقالوا ان الربا وسائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعا باصله دون وصفه وفي كتاب المداينات من القنية قال استاذنا وقعت واقعة في زماننا أن رجلا كان يشتري الذهب الرديء زمانا الدينار بخمسة دوانق ثم تنبه فاستحل منهم فابرؤه عما بقي لهم عليه حال كون ذلك مستهلكا فكتبت أنا وغيري انه يبرأ وكتب ركن الدين الزنجاوي الابراء لا يعمل في الربا لان رده لحق الشرع وقال أجاب به نجم الائمة الحكيمي معللا بهذا التعليل وقال هكذا سمعته عن ظهير الدين المرغيناني قال رضي الله عنه فقرب من ظني ان الجواب كذلك مع تردد فكنت اطلب الفتوى لامحو جوابي عنه فعرضت هذه المسئلة على علاء الدين الحناطي فاجاب انه يبرأ اذا كان الابراء بعد الهلاك وغضب من جواب غيره انه لا يبرأ فازداد ظني بصحة جوابي ولم أمحه ويدل على صحته ماذكره البزدوي في غناء الفقهاء من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية تملك العوض فيها بالقبض قلت فاذا كان فضل الربا مملوكا للقابض بالقبض فاذا استهلكه على ملكه ضمن مثله فلو لم يصح الابراء ورد مثله يكون ذلك رد ضمان ما استهلكه لارد عين ما استهلك وبرد ضمان ما استهلك لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في فضل الربا فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا فيجب ذلك حقا لله تعالى وانما الذي يجب حقا للشرع رد عين الربا ان كان قائما لارد ضمانه انتهى ما في القنية وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فآيات منها وحرم الربا والمراد به فيها الفضل وهو الزيادة ليتعلق التحريم به لان الاحكام

لا تتعلق الا بفعل المكلفين ومنها لا تأكلوا الربا والمراد منه فيها نفس الزائد فى بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وفى المعراج ذكر الله لآكل الربا خمس عقوبات أحدها التخبط قال تعالى لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس قيل فى معناه تنتفخ بطنه يوم القيامة فيصير لا تحمله قدماه فيصير كلما قام سقط بمنزلة من اصابه المس ويؤيده الحديث يملأ بطنه نارا بقدر ما أكل من الربا والمراد به الافتضاح على رؤس الاشهاد كما فى حديث آخر ينصب لواء يوم القيامة لآكلى الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون الى النار والثانى المحق قال الله تعالى يمحق الله الربا والمراد الهلاك والاستئصال وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده من بعده والثالث الحرب قال الله تعالى فأذنوا بحرب من الله ورسوله المعنى فى القراءة بالمد اعلموا الناس بأن آكلة الربا انكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع الطريق وفى قراءة بغير المد أى اعلموا ان أكلة الربا حرب لله الرابع الكفر قال الله تعالى وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين وقال والله لا يحب كل كفار أثيم أى كفار باستحلال الربا والخامس الخلود فى النار قال تعالى ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم كل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل ومن نبت لحمه من الحرام فالنار أولى به والمقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذى هو بيع شرعا والحرام الذى هو ربا ولهذا قيل لمحمد الا تصنف فى الزهد شيأ قال صنفت كتاب البيوع وليس الزهد الا اجتناب الحرام والرغبة فى الحلال كذا فى المبسوط وأما السنة فأكثر من أن تحصى قال الامام الاسبيجابى اتفقوا على انه اذا أنكر ربا النساء يكفر وفى ربا الفضل فى القدر اختلاف فان ابن عباس رضى الله تعالى عنه لا يرى الربا الا فى النسيئة للحديث انما الربا فى النسيئة وكلمة انما للحصر الا أن عامة الصحابة احتجوا بأحاديث والجواب عن تعلق ابن عباس انه منصرف الى ما ليس بمكيل ولا موزون لقوله آخره الا ما كيل أو وزن على ان ابن عباس رجع عن هذا القول فان لم يثبت رجوعه فاجماع التابعين به يرفعه اهـ ما فى المعراج وفى الخلاصة لو قضى بجواز بيع الدرهم بالدرهمين يدا بيد باعيانهما أخذا بقول ابن عباس لا ينفذ وان كان مختلفا بين الصحابة لانه لا يعلم ان احدا من الصحابة وافقه فكان مهجورا اهـ وفى القنية من الكراهية لا بأس بالبيوع التى يفعلها الناس للتحرز عن الربا ثم رقم آخر هى مكروهة ذكر البقالى الكراهة عن محمد وعندهما لا بأس به قال الزنجرى خلاف محمد فى العقد بعد القرض اما اذا باع ثم دفع الدراهم لا بأس بالاتفاق اهـ وفى القنية من الكراهية يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح اهـ وفى الخلاصة معزيا الى النوازل رجل له على آخر عشرة دراهم فاراد أن يؤجلها الى سنة ويأخذ منه ثلاثة عشر فالحيلة أن يشترى منه بتلك العشرة متاعا ويقبض المتاع منه وقيمة المتاع عشرة ثم يبيع المتاع منه بثلاثة عشر الى سنة اهـ (قوله وعلته القدر والجنس) أى علة الربا أى وجوب المساواة التى يلزم عند فوتها الربا هكذا فسره السغناقى فى شرح الاخسيكثى فى الاصول وذكره فى الكافى سؤالا وجوابا وفى فتح القدير أى علة تحريم الزيادة اهـ وفى المعراج أى علة حرمة الربا ووجوب المساواة والعلة فى اللغة المرض الشاغل والجمع علل واعله الله فهو معلول واعتل اذا مرض واعتل اذا تمسك بحجة وأعله بكلمة جعله ذا علة ومنه اعلالات الفقهاء واعتلالهم اهـ وأما فى الاصول فقالوا انها فى اللغة هى المغير ومنه سمى المرض علة لانه بحلوله يتغير حال المحل عن وصف القوة الى وصف الضعف ولذا سمى الجرح علة لانه بحلوله بالمجروح يتغير حكم الحال وفى الاصطلاح ما يضاف اليه ثبوت الحكم بلا واسطة فخرج الشرط لانه لا يضاف اليه ثبوته

وعلته القدر والجنس

والسبب والعلامة وعلة العلة لانها بالواسطة وهذا التعريف شامل للعلل الموضوعة كالبيع والنكاح اه وللمستنبطة كالعلل المؤثرة فى القياسات والمراد بالقدر الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون فانحصر المعرف للحكم فيهما والتعبير بالقدر أخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليسا من أموال الربا كذا فى فتح القدير ولكن بعد ماوضعوا القدر بازاء الكيل والوزن كيف يشمل غيرهما والجنس فى اللغة الضرب من كل شئ والجمع أجناس وهو أعم من النوع فالحيوان جنس والانسان نوع وحكى عن الخليل هذا يجانس هذا أى يشاكله ونص عليه فى التهذيب أيضا وعن بعضهم فلان لا يجانس الناس اذا لم يكن له تمييز ولا عقل والاصمعى ينكر هذين الاستعمالين ويقول هو كلام المولدين وليس بعربى كذا فى المصباح وفى فتح القدير واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا لان افراد كل منهما فى الحديث يدل على ذلك والثوب الهروى والمروى بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقيام الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد اللامتى والطالقانى والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس وكذا غزل الصوف والشعر واللحم الضانى والمعزى والبقرى والالية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والخيرى جنسان والادهان المختلفة أصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة اه وفى المعراج القدر عبارة عن العيار والجنس عبارة عن مشاكلة المعانى اه والاصل فى هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد وفيه روايتان بالرفع الحنطة أى بيع الحنطة مثل وينصب على الحال وكذلك روى الرفع والنصب فى يدا بيد فالرفع عطف على الخبر أى مثل ومقبوضة والنصب على الحال بتأويله بالمشتق أى متناجزين وهذا الحديث لشهرته ظن بعض العلماء انه متواتر وليس كذلك لانه لا يصدق عليه حده وقال الجصاص انه يقرب من المتواتر لكثرة رواته وهو مروى عن ستة عشر صحابيا عمر وعبادة بن الصامت وأبو سعيد الخدرى وسارية ابن أبى سفيان وبلال وأبو هريرة ومعمر بن عبد الله وأبو بكر وعثمان وهشام بن عامر والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن أبى عبيد وأبو بكرة وابن عمر وأبو الدرداء رضى الله تعالى عنهم وقد أطال الكلام فى بيانه فى البناية ثم قال آخرا وليس فى الاحاديث المذكورة البداءة بالحنطة وانما هى مذكورة فى أثنائه ولكنه ذكره فى المبسوط عن محمد عن أبى حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى بادئا بالحنطة اه والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ماذكرناه وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة فى النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان والثمنية لبقاء الاموال التى هى مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية فى ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه أوجب المماثلة شرطا فى البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق كما قدمناه ولا يعتبر الوصف

(قوله ولكن بعد ما وضعوا الخ) قال فى النهر أنت خبير بان هذا فى حيز المنع غاية الامر انهم أرادوا هذا المعنى من اللفظ وهذا لا يفيد عدم شموله لغيره وضعا نعم فى الحواشى السعدية يمكن أن يقال الالف واللام فى القدر للعهد والمراد الكيل والوزن

لانه لا يعد تفاوتا عرفا أولان فى اعتباره سد باب البياعات أولقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل فى مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فلا يعتبر بما ذكره كذا فى الهداية (قوله وحرم الفضل والنساء بهما) أى بالقدر والجنس لوجود العلة بتمامها والفضل الزيادة والنساء بالمد التأخير ولم يذكره فى المصباح وانما ذكر النسىء فقال والنسىء مهموز على فعيل ويجوز الادغام لانه زائد وهو التأخير والنسيئة على فعيلة مثله وهما اسمان من نسأ الله أجله من باب نفع وأنساه الله بالف اذا أخره اه وفى البناية النساء بفتح النون والمد البيع الى أجل وفى فتح القدير انه بالمد لاغير (قوله والنساء فقط باحدهما) أى وحرم التأخير لا الفضل بوجود القدر فقط والجنس فقط وله صورتان احداهما باع حنطة بشعير متفاضلا صح لانسيئة الثانية باع ثوبا مرويا بمروى بين جاز حاضرا ولو باع عبدا بعبد الى أجل لا يجوز لوجود الجنس وقال الشافعى الجنس بانفراده لا يحرم النساء لانه لا يثبت بالتأخير الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل جائز فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر أوالى الجنس والنقدية أوجبت فضلا فى المالية فيتحقق شبهة الربا وهى مانعة عن الجواز كالحقيقة كذا فى الهداية قال مولانا الاكمل فيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون الشبهة أوجبت فضلا شبهة فصارت شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها والثانى ان كونها شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون مطلقا أوفى محل الحقيقة والاول ممنوع والثانى مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى فى المحل والثانية فى الحكم وثمة شبهة أخرى وهى التى فى العلة ولشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثانى ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة فى محل الشبهة اذا وجدت العلة بكمالها اه واستدل بعضهم لمذهبنا بنهيه عليه السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة رواه أبوداود وقال الترمذى انه حديث حسن صحيح قال والعمل عليه عند أكثر أهل العلم وتمامه فى البناية وأورد انه بعض العلة فلا يثبت به الحكم وأجيب بانه علة تامة لحرمة النساء وان كان بعض علة لحرمة الفضل فلا يؤدى الى توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة كذا فى المعراج وأورد أيضا ان ظاهر قول المصنف والنساء فقط باحدهما يمنع جواز اسلام النقود فى الزعفران أو القطن لوجود القدر وهو الوزن مع انه جائز فاجاب عنه فى الهداية بانهما لا يتفقان فى صفة الوزن أما اذا اختلفا فى المعنى فيجوز لان النقود توزن بالصنجات والزعفران بالامناء فنقول الدراهم مع الزعفران وان اتفقا فى الوزن صورة فقد اختلفا فيما يوزن به صورة ومعنى وحكما فيجوز التأخير أما الاختلاف الصورى فما بيناه وأما الاختلاف فى المعنى فلان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين وأما الاختلاف فى الاحكام فيجوز التصرف فى النقود قبل قبضها بخلاف المثمن فلم يجمعهما القدر من كل وجه فنزلت الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة واذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهى غير معتبرة والصنجات بتحريك النون جمع صنجة وعن ابن السكيت لا يقال بالسين وانما يقال بالصاد وفى المغرب الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين وعن الفراء بالسين أفصح وأنكر القتبى السين أصلا وفى فتح القدير الوجه أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرناه ويلحق به تأثير الكيل أو الوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود فى الموزونات بالاجماع كى لا ينسد أكثر

وحرم الفضل والنساء بهما والنساء فقط باحدهما

(قوله ولو باع عبدا بعبد الخ) اعترضه بعض الفضلاء بان علة الحكم هنا عدم قبول العبد التاجيل لا وجود الجنسية فلو مثل ببيع هروى بمثله لكان أولى اه وهو مناقشة فى المثال والمقصود منه التوضيح على انه لا مانع من كون الجنسية فيه علة أيضا ويدل عليه الاستدلال له بالحديث الآتى قريبا تأمل (قوله وحقيقة الفضل جائز) كما لو باع مرويا بمرويين حاضرا

(وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين الخ) سيذكر عن الخانية قبيل قوله والفلس بالفلسين ما يفيد تقييده بما اذا كان ذلك الاناء لا يباع وزنا والا تعتبر المساواة في الوزن (قوله بخلافه من الذهب أو الفضة) أي بخلاف بيع الاناء من الذهب أو الفضة بمثله من جنسه يدا بيد وأحدهما أثقل ١٤٠ (قوله وأما اسلام الفلوس في الموزون الخ) قال في النهر أقول ينبغي أن يقال ان كانت

أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد فلا يجوز اسلامه في الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام الحديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا بالحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة وأورد انه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل اه وأما اسلام الفلوس في الموزون ففي فتح القدير مقتضى ما ذكروه أن لا يجوز في زماننا لانها وزنية اه وذكر الاسبيجابي جوازه قال لانها عددية بخلاف ما اذا أسلم فلوسا في فلوس فانه لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء اه والواقع في زماننا وزنها بدار الضرب فقط وأما التعامل في الاسواق فبالعد (قوله وحلا بعدمهما) أي حل الفضل والنساء عند انعدام القدر والجنس فيجوز بيع ثوب هروي بمروي بيض نسيئة والجوز بالبيض نسيئة لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا تثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة والاصل في البيع مطلق الاباحة كان الثابت الحل (قوله وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا) فالبر والشعير والتمر والملح مكيلة أبدا لنص رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلا يتغير أبدا فيشترط التساوي بالكيل ولا يلتفت الى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزنا لا كيلا لم يجز والذهب والفضة موزونة أبدا للنص على وزنهما فلا بد من التساوي في الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز وكذا الفضة بالفضة لان طاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجبة علينا لان النص أقوى من العرف فلا يترك الاقوى بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة على جواز الحكم وعن أبي يوسف اعتبارها على خلاف النص لان النص عليه في ذلك الوقت انما كان للعادة فكانت هي المنظور اليها في ذلك الوقت وقد تبدلت وأما الاسلام في الحنطة وزنا ففيه روايتان والفتوى على الجواز لان الشرط كونه معلوما وفي الكافي الفتوى على عادة الناس والرطل بكسر الراء وفتحها قال الجوهري انه نصف من وهو ما يوزن به

كاسدة لا يجوز لانها وزنية حينئذ وعليه يحمل ما في الفتح وان كانت رائجة يجوز لانهم في هذه الحالة أجروها مجرى النقود حتى أوجبوا الزكاة فيها وعليه يحمل ما في الاسبيجابي وهذا يجب أن يعول عليه (قوله وعن أبي يوسف اعتبارها الخ) قال في النهر قال في الحواشي السعدية وعلى هذا فاستقراض الدراهم

وحلا بعدمهما وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا

عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية اه أي بيعه بمثله وزنا وظاهر ما في الفتح يفيد ترجيحها اه وقوله أي بيعه بمثله تقييد احترز به عن بيعه بالدراهم مثلا فانه جائز وزنا قال في الذخيرة وقال شيخ الاسلام أجمعوا على ان ما ثبت كيله بالنص اذا بيع وزنا بالدراهم يجوز وكذلك ما ثبت وزنه وفي بالنص اه وقوله وظاهر ما في الفتح الخ أي حيث انتصر لابي يوسف وردما أورد على تعليله (قوله وأما الاسلام في الحنطة وزنا الخ) قال في النهر ثم مقتضى ما قالا امتناع السلم في الحنطة وزنا وهو رواية الحسن عن أصحابنا واختار الطحاوي الجواز لان المسلم فيه معلوم وعليه الفتوى وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا وأسلم وزنا لا يجوز

وفى النهاية انه اثنا عشر أوقية وقال أبو عبيدة الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهما ووزن سبعة وفى المغرب الرطل ما يوزن به أو يكال به وفى فتح القدير ثم الرطل والاوقية مختلف فيهما عرف الامصار ويختلف فى المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما كل عشرة وزن سبعة وفى مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفى الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفى حلب أكثر من ذلك وتفسير أبى عبيدة له تفسير للرطل العراقى الذى قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات اه وفسر فى الهداية ما ينسب الى الرطل بما يباع بالاواقى وفسره قاضيخان أيضا فقال وتفسيره ان ما يباع بالاواقى فهو وزنى لانها قدرت بطريق الوزن وصارت وزنية أما سائر المكاييل ما قدرت بالوزن فلا يكون وزنيا اه حتى يحسب ما يباع وزنا وهذا لانه يشق وزن الدهن بالامناء والصنجات لعدم الاستمساك الا فى وعاء وفى وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك والاواقى جمع أوقية بالتشديد وهى أربعون درهما والمراد بها هنا مواعين معلومات الوزن قال فى الهداية فاذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز ولو كان سواء بسواء لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة وفى التبيين وهذا مشكل لان الشيئين اذا تساويا فى كيل وجب أن يستويا فى كيل آخر ولا تأثير لكون الكيل معلوما أو مجهولا فى ذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفى النهاية قال الاسبيجابى فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا فى الكيل متساويا فى الوزن يجوز وهذا أحسن وهو قياس الموزونات وانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير انه يؤدى الى انه لا يجوز بالاواقى أيضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بيناه ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز فى الكيل اه (قوله وجيده كرديئه) أى جيد ما جعل فيه الربا كرديئه حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء وفى النهاية انه غريب ومعناه يؤخذ من اطلاق حديث أبى سعيد الخدرى أولان الوصف لا يعد تفاوتا عرفا أولان فى اعتباره سد باب البياعات قيد بمال الربا لان الجودة معتبرة فى حقوق العباد فاذا أتلف جيدا لزمه مثله قدرا وجودة ان كان مثليا وقيمته جيدا ان كان قيميا ولكن لا تستحق باطلاق عقد البيع حتى لو اشترى حنطة أو شيأ فوجده رديئا بلا عيب لا يرده كما فى المحيط من الصرف وقدمناه فى خيار العيب وتعتبر فى الاموال الربوية فى مال اليتيم فلا يجوز للوصى بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز ردىء وينبغى أن تعتبر فى مال الوقف لانه كاليتيم وقد كتبنا فى الفوائد انها معتبرة فى أربعة هذان وفى حق المريض حتى تنفذ من الثلث وفى الرهن القلب اذا انكسر عند المرتهن ونقصت قيمته فان المرتهن يضمن قيمته ذهبا ويكون رهنا عنده (قوله ويعتبر التعيين دون التقابض فى غير الصرف من الربويات) لانه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كغير مال الربا لحصول المقصود وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لعدم تعينه الا بالقبض فاشترط فيه ليتعين والمراد باليد فى الحديث التعيين وهو فى النقدين بالقبض وفى غيرهما بالتعيين فلم يلزم الجمع بين معنيين مختلفين وانما اشترط القبض فى المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وبيانه كما ذكره الاسبيجابى بقوله واذا تبايعا كيليا بكيلى أو وزنيا بوزنى كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين فان البيع لا يجوز حتى يكون كلاهما عينا أضيف اليه العقد وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون موجودا فى ملكه والتقابض قبل الافتراق بالابدان ليس بشرط لجوازه الا فى الذهب والفضة ولو كان أحدهما عينا أضيف اليه العقد والآخر دينا موصوفا فى

وجيده كرديئه ويعتبر التعيين دون التقابض فى غير الصرف من الربويات

ولا ينبغى فى ذلك بل اذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغى أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع كذا فى الفتح (قوله وفسر فى الهداية ما ينسب الى الرطل الخ) قال الرملى فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وان كيلت بالمواعين لاعتبار الوزن فيها (قوله والمراد بها هنا مواعين الخ) نظيره فى عرفنا الحقاق التى يباع بها الزيت فان الحق اسم لما يسع وزنا معلوما فيكال الزيت بالحقاق ويحسب بالارطال وهذا معنى نسبته الى الرطل وحينئذ فالحق يسمى أوقية (قوله وفى التبيين وهذا مشكل الخ) قال فى النهر وقدمنا عن الفتح انه لو باع الفضة بجنسها فى كفة ميزان جاز لانتفاء احتمال التفاضل وهذا يؤيد ما ادعاه الشارح وعن الصيرفية أيضا لو تبايعا تبر الذهب مضروب كفة بكفة

الذمة فانه ينظر ان جعل الدين منهما ثمنا والعين مبيعا جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرق بالابدان وان جعل الدين منهما مبيعا لا يجوز وان أحضره في المجلس والذي ذكر فيه الباء ثمن وما لم يذكر فيه الباء مبيع وبيانه اذا قال بعت هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جائز لانه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف ثمنا ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالابدان شرط لان من شروط جواز هذا البيع أن يحصل الافتراق عن عين بعين وما كان دينا لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أولم يقبض ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزي شعير جيد بهذا القفيز من الحنطة فانه لا يجوز وان أحضر الدين في المجلس لانه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ما ليس عنده وهو لا يجوز اه (قوله وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لانها لم تكن مكيلا ولا موزونا فانعدمت احدى العلتين وهي القدر فجاز التفاضل سواء كان بضعف الآخر أو باضعافه حيث لم يدخل تحت كيل أو وزن أما التفاحة والبيضة والجوزة فظاهر وأما الحفنة من الحنطة والشعير فالمراد بها مادون نصف صاع لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال ولابد أن لا يوجد نصف الصاع فلو باع مادون نصف صاع بنصف صاع لم يجز لوجود العيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع مالا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن قيد بالتفاضل لانه لا يجوز النساء لوجود الجنس وفي فتح القدير قولهم لا تقدير في الشرع بما دون نصف الصاع يعرف منه انه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وفي جمع التفاريق لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم في الكثير فالقليل منه حرام اه وأما ضمان الحفنة فبالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في غير العددي المتقارب أما فيه كالجوز ففي كلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا ومن فروع الضمان لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الآن يأخذ عينها أخذها ولا شئ له في مقابلة الفساد الذي حصل لها كذا في فتح القدير وفي الخانية ولا باس بالسمك واحد باثنين لانه لا يوزن وان كان جنس منه يوزن فلا خير فيما يوزن الامثلا بمثل اه ثم قال فيها باع اناء من حديد بحديد ان كان الاناء يباع وزنا تعتبر المساواة في الوزن والا فلا وكذا لو كان الاناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اه (قوله والفلس بالفلسين باعيانهما) أي وصح بيع الفلس المعين بفلسين معينين عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة أثمان وهو لا يتعين ولذا لا تتعين الفلوس اذا قوبلت بخلاف جنسها كالنقدين ولا يفسد البيع بهلاكها فاذا لم تتعين يؤدي الى الربا أو يحتمله بان يأخذ بائع الفلس الفلسين أولا

وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين والفلس بالفلسين باعيانهما

لا يجوز مالم يعلما وزن الذهب لانه وزني وهذا يشهد لصاحب الهداية والظاهر انهما قولان متقابلان والله الموفق (قوله والصحيح ثبوت الربا) هذا مشكل في اللب بالجوز فان اللب موزون بخلاف الجوز وانظر لم لم يجعل مثل الزيت بالزيتون وقد يقال هو المراد من قوله والصحيح ثبوت الربا بالنظر اليه فان لقشره قيمة وسيذكر المؤلف ان بيع الجوز بدهنه والتمر بنواه مثل الزيت بالزيتون أي فيجوز بيعه بالاعتبار فتامل وراجع (قوله وروى المعلى الخ) على هذا ليس ما بحثه مخالفا للمنقول بل هو ترجيح لهذه الرواية

فيرد أحدهما قضاء لدينه و يأخذ الآخر بلا عوض فصار كما لو كان بغير أعيانهما ولهما انهما ليست أثمانا خلقة وانما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا على ابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها اذ لا ولاية للغير عليهما بخلاف النقدين لان الثمنية فيهما بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تعينت فلا يؤدي الى الربا بخلاف ما اذا كانت غير معينة فانه يؤدي الى الربا على ما بيناه وأورد أن الثمنية اذا بطلت وجب أن لا يجوز التفاضل لان النحاس موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت عاد الى أصله وأجيب بان اصطلاحهما على العدلم يبطل ولا يلزمه فكم من معدود لا يكون ثمنا وأورد أيضا أن كونها ثمنا بعد الكساد لا يكون الا باصطلاح الكل فكذا بطلان الثمنية وأجيب بان اصطلاحهما على بطلان ثمنيتها موافق للاصل لكونها عروضا بخلاف اصطلاحهما على كونها ثمنا بعد الكساد مخالف للاصل ولرأى الجميع فلم يصح وقيد بالتعيين لان الفلس لو كان بغير عينه والفلسان كذلك لم يجز وصورها أربع ما اذا كان الكل غير معين وان تقابضا في المجلس كذا في المحيط وما اذا كان الفلس معينا فقط وما اذا كانا غير معينين فقط ففي هذه الثلاثة لا يجوز اتفاقا لكن في الصورتين الاخيرتين لو قبض ما كان دينا في المجلس جاز كذا في المحيط ومحل الخلاف مسئلة الكتاب وأصل الخلاف مبني على أن الفلس لا يتعين بالتعيين عند محمد و يتعين عندهما فيبطل العقد بهلاكه كذا في فتح القدير وفي المحيط انها لا تتعين ولا ينفسخ العقد بهلاكها قيد بحل التفاضل لان النساء حرام اتفاقا لان الجنس بانفراده يحرمه كما قدمناه وفي الذخيرة ذكر محمد هذه المسئلة في صرف الاصل ولم يشترط التقابض فهذا دليل على أنه ليس بشرط وذكر في الجامع الصغير ما يدل على أنه شرط ومن مشايخنا من لم يصحح ما في الجامع الصغير لان التقابض مع العينية انما يشترط في الصرف وليس به ومنهم من صححه لان لها حكم العروض من وجه وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للاول واشتراط التقابض للثاني عملا بالدليلين بقدر الامكان اه وليس مرادهم خصوص بيع الفلس بالفلسين بل بيان حل التفاضل حتى لو باع فلسا بمائة على التعيين جاز عندهما ﴿تتمة﴾ في أحكام الفلوس في المحيط لو باع الفلوس بالفلوس أو بالدراهم أو بالدنانير فنقد أحدهما دون الآخر جاز وان افترقا لا عن قبض أحدهما جاز ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت لم يبطل البيع قياسا و يتخير المشتري أن شاء قبضها كاسدة وان شاء فسخ البيع و يبطل البيع استحسانا لان كسادها بمنزلة الهلاك لان المقصود منها الرواج فهولها كالحياة ولو قبض منها خمسين ثم كسدت بطل البيع في النصف ورد نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل ولو رخصت لم يبطل ولا خيار للمشتري ولو كسدت الفلوس الثمن قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة وعندهما لا يفسد و يجب قيمتها ولو كسدت أفلس القرض فعليه مثلها عنده وعندهما قيمتها من الدراهم وكذا لو غصب واستهلك ثم عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القبض وعند محمد يوم الكساد والاصح عند الامام أن عليه قيمتها يوم الانقطاع من الذهب والفضة ولو اشترى فلوسا وتقابضا على ان كل واحد منهما بالخيار و تفرقا على ذلك فسد البيع لان الخيار يمنع صحة القبض ولو كان أحدهما بالخيار فالبيع جائز عندهما لان الخيار لا يمنع ثبوت الملك له في المبيع فوجد القبض المستحق في أحدهما وعلى قول أبي حنيفة لا يجوز لان الخيار يؤثر في الجانبين فيمنع صحة القبض وان باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما بشرط الخيار يجوز اه ما في المحيط من باب بيع الفلوس واستقراضها (قوله

(قوله وأجيب بان اصطلاحهما على بطلان ثمنيتها الخ) يؤخذ منه ان اصطلاح البعض على شئ موافق للاصل فيه يعتبر وان خالف اصطلاح الجميع (قوله تتمة في أحكام الفلوس) قال الرملي وسيأتي مزيد بحث في أحكام الفلوس من كتاب الصرف (قوله وان افترقا لا عن قبض أحدهما جاز) قال الرملي صوابه لا يجوز

والعم بالحيوان) أى وصح بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف وقال محمد لا يجوز اذا كان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز أكثر من اللحم الذى فى الحيوان ليكون اللحم بمقابلة ما فيه والباقى من اللحم بمقابلة السقط وهو بفتحتين ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء والطحال وصار كالحل وهو بالمهملة دهن السمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون فصار كبيع السيف بالحديد لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن بخلاف تلك المسئلة لان الوزن فى الحل يعرف قدر الدهن اذا ميز وذكر الشارح وانما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه لا لانهما جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا اه ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز وفى شرح الطحاوى لو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب فى قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط وفى الحاوى لو باع شاة فى ضرعها لبن بجنس لبنها فهو على الاختلاف الذى فى اللحم (قوله والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان) أى صح لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض ليعود غزلا أو قطنا والكرباس الثياب من القطن والجمع كرابيس واليها ينسب الامام المحبوبى باعتبار بيعها وأشار المصنف الى أنه لو باع القطن المحلوج بغزل فانه يجوز كيفما كان لاختلاف الجنس وهو قول محمد وقال أبو يوسف لا يجوز الا متساويا وقول محمد أظهر وفى الحاوى وهو الاصح ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما فى الآخر وان كان لا يدرى لا يجوز وكذا لو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذى فى القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو فى ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون (قوله والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) أى متماثلا أيضا أما الاول فهو قول أبى حنيفة وقال الباقون من العلماء ومنهم أبو يوسف ومحمد لا يجوز وأجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز ودليل الجماعة قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أينقص اذا جف فقيل نعم فقال لا اذن رواه مالك فى الموطأ والاربعة فى السنن عن زيد بن عياش عن سعد بن أبى وقاص وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليه رطب أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وتعقبه فى غاية البيان بان الهدية كانت تمرا وتبعه فى البناية بان الثابت فى البخارى انها تمر ولان الرطب لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وهو التمر بالتمر وان كان غير تمر فبآخره وهو اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم هكذا استدل الامام الاعظم حين اجتمع عليه علماء بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر وأجاب عن حديثهم بان مداره على زيد بن عياش وهو ممن لا يقبل حديثه وفى الهداية وهو ضعيف عند النقلة وتعقبه فى البناية بانه ثقة عند النقلة قال الخطابى وقد تكلم بعض الناس فى اسناد هذا الحديث وقال زيد بن عياش مجهول وليس كذلك فان ابن عياش هذا مولى لبنى زهرة وقد ذكره مالك فى الموطا وأخرج حديثه مع شدة تحريه فى الرجال ونقده وتتبعه لاحوالهم وقد أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ورواه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وقال هذا حديث صحيح لاجماع أئمة النقل على أمانة مالك بن أنس وأنه محكم لما يرويه اه قال الحاكم قال الاكمل سلمنا قوته فى الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض

والعم بالحيوان والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب

(قوله وفى الحاوى لو باع شاة الخ) قال فى النهر والمذكور فى الشرح انه لو باع شاة على ظهرها صوف أو فى ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط أن يكون الصوف واللبن أكثر مما على الشاة وفى السراج لا خلاف بينهم انه لا يجوز بيع اللبن بشاة فى ضرعها لبن الا على وجه الاعتبار فما فى الحاوى ضعيف (قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز الخ) قال الرملى قال فى الولوالجية بيع قطن المحلوج بالقطن الذى فيه حب لا يجوز الا مثلا بمثل ولا ينظر الى الحب وكذا بيع التمر بالتمر المشقوق لان النبى صلى الله تعالى عليه وسلم قال التمر بالتمر الحديث من غير فصل اه وهو كما تراه مخالف لما هنا فتامل ولا يخفى ان ما هنا أظهر

به المشهور وفي غاية البيان قوله ومدار ما رويناه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش ورده في البناية بانه وهم فيه لانه ابن عياش وكنيته أبو عياش وكذلك وهم فيه الشيخ علاء الدين التركماني هكذا وقال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الزلاني ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة والمدني ليس به باس اهـ وفي العناية واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فيجوز باول الحديث أولا فيجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بيناه من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخلة من حيث تنعقد صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره اهـ وفي فتح القدير وقد رد ترديده بين كونه تمرا أولا بان هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وانما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي في حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلل كثير وأجيب عن حديث زيد بن عياش أيضا بان المراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة كما رواه أبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه ورواه الطحاوي وهذه الزيادة بعد صحتها يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبولها وان كان الاكثر لم يروها الا في زيادة تفرد بها بعض الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص الى أن يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه شفقة مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه اهـ وفي شرح الطحاوي ولو باع الثمار بعضها ببعض مجازفة لم يجز الا اذا كان كيلا وعرف تساويهما في الكيل قبل التفرق بالابدان عن مجلس العقد فانه يجوز البيع وكذلك اذا كان تمر بين اثنين اقتسماه مجازفة لا يجوز لان القسمة بمنزلة البيع الا اذا علم تساويهما في الكيل قبل التفرق ولو بيع بعضها ببعض وزنا متساويا لا يجوز لان من شرط جواز التسوية الكيل ولا يدرى ذلك وعن أبي يوسف اذا غلب استعمال الناس بالوزن يصير وزنيا ويجوز ويعتبر التساوي وزنا وان كان أصله كيليا وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا أن اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر ولذا لا يجوز السلم فيه والكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا اسم لوعاء الطلع وهو كم النخل أول ما ينشق وأما الثانية وهي بيع العنب بالزبيب فعلى الاختلاف السابق وقيل لا يجوز اتفاقا كالمقلية بغيرها والمطبوخة بغير المطبوخة ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز وكذا لو باع تمرا منقعا أو زبيبا منقعا بتمر مثله أو زبيب مثله أو باليابس منهما جاز عندهما خلافا لمحمد

(قوله وهذه الزيادة بعد صحتها الخ) عبارة الفتح وأنت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يرووها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما كتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قال في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر (قوله وقيل لا يجوز اتفاقا) وعليه فالفرق لابي حنيفة ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا ذكره في فتح القدير وذكر في المسئلة روايتين أخريين فقال ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن ان عندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات اهـ ملخصا (قوله ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز) عبارة الهداية وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة

(قوله واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب) لان أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق الشعير والبر والمقصود أيضا يختلف والمعتبر في الاتحاد المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شئ بشئ أصلا قيد بالمختلفة لان غيرها لا يجوز متفاضلا كلحم البقر والجاموس أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنهما أو لحم العراب والبخاتي لاتحاد الجنس بدليل الضم في الزكاة للتكميل فكذا أجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان أو ما يتبدل بالصنعة لاختلاف المقاصد ولذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد لم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله أن الاختلاف باختلاف الاصل أو المقصود أو تبدل الصنعة وفي فتح القدير وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز فانه يوزن في عادة ديار أهل مصر بعظمه والدقل ردىء التمر ويجوز خل التمر بخل العنب متفاضلا وكذا عصيرهما لاختلاف أصلهما جنسا وتخصيص الدقل باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان يتخذ خلا في العادة اه والحاصل أن ما يوجب اختلاف الامور ثلاثة اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة ومنها جواز بيع اناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة كذا في فتح القدير (قوله وشحم البطن بالالية أو باللحم) أي يصح بيعها متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد (قوله والخبز بالبر أو بالدقيق متفاضلا) لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى يخرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلان فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتأخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر فالسلم فيه لا يجوز عند أبي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج واختلف على قولهما فمنهم من جوزه على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفي الحاوي يجوز بيع اللبن بالجبن اه (قوله لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق) أي لا يجوز بيع الحنطة باحدهما متفاضلا ولا متساويا لانه جنس من وجه وان خص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسولهما بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيه الوزن وهو مسو والسويق ما يحرش من الشعير والحنطة وغيرهما ذكره الكرماني في باب من مضمض من السويق وأشار المؤلف الى جواز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى ولا عبرة باحتمال التفاضل كما في البر بالبر وقيده ابن الفضل بما اذا كانا مكبوسين والا لا يجوز وان باعه بمثله موازنة ففيه روايتان وبيع المنخول بغير المنخول لا يجوز الا متساويا كما في الخلاصة وقيد بالبر لان بيع الدقيق بالسويق لا يجوز مطلقا عنده وجاز عندهما مطلقا لاختلاف الجنس ولكن يدا بيد لان القدر يجمعهما وله انهما جنس واحد من وجه لانهما من أجزاء الحنطة وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الاسم (قوله والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) أي لا يجوز البيع في

ثلاث

زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله واختلف على قولهما) عبارة الهداية وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى وفي فتح القدير لا يجوز عند أبي حنيفة وكذا عند محمد ويجوز عند أبي يوسف وذكر الزيلعي ما هنا عن

واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وشحم البطن بالالية أو باللحم والخبز بالبر أو بالدقيق متفاضلا لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم

النهاية معزيا الى المبسوط وما في الهداية والفتح عن الكافي عن ابن رستم فالظاهر ان عن أبي يوسف روايتين تأمل (قوله وهو غير مسولهما) قال الزيلعي ألا ترى ان البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن (قوله وقيد بالبر الخ) أي لان بيع الدقيق

بالسويق فيه خلافهما تامل (قوله وفى الحاوى وان باع حنطة بحنطة الخ) قال الرملى يجب تقييده بما اذا لم يتحقق ان الحنطة التى فى سنبلها أقل فاذا تحقق انه أقل جاز البيع و يكون زائد الخالصة فى مقابلة التبن فينتفى الربا تامل وقد تقدم

ثلاث صور الاولى أن يعلم أن الزيت الذى فى الزيتون أكثر لتحقق الفضل من الدهن والتفل الثانية أن يعلم التساوى لخلو التفل عن العوض الثالثة أن لا يعلم انه مثل أو أكثر أو أقل فلا يصح عندنا لان الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا وعند زفر جاز لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالى فما لم يعلم لا يفسد و يجوز البيع فى صورة بالاجماع أن يعلم أن الزيت المنفصل أكثر ليكون الفضل بالتفل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شئ لتفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وان لم يكن لتفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب أو تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما فى التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شئ حتى لو جعل فسد لربا الفضل وفى الحاوى وان باع حنطة بحنطة فى سنبلها لم يجز وان باع قصيل حنطة بحنطة كيلا وجزافا جاز وان لم يشترط الترك اهـ (قوله و يستقرض الخبز وزنا لا عددا) وهذا عند أبى يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبى حنيفة لا يستقرض بهما وذكر الشارح أن الفتوى على قول أبى يوسف وفى شرح المجمع الفتوى على قول محمد وفى فتح القدير وأنا أرى أن قول محمد أحسن وفى الجوهرة قال محمد ثلاث من الدناءة استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر فى مرآة الحجام اهـ وفى المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز ولو كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقدا ونسيئة كيف كان (قوله ولا ربا بين المولى وعبده) لانه وما فى يده ملكه أطلقه وهو مقيد بما اذا لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه وأما اذا كان مستغرقا فيجرى الربا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى فى كسبه كالمكاتب وعندهما لتعلق حق الغير والتحقيق أنه على اطلاقه ولا ربا بينهما وان كان مديونا مستغرقا وانما يرد الزائد لتعلق حق الغرماء به كما لو أخذ منه شيأ بغير عقد كذا فى المعراج ولو كان عليه دين غير مستغرق فلا ربا وفى ماذون المحيط اذا أخذ المولى من كسب المأذون شيأ ثم لحقه دين سلم للمولى ما أخذ وان كان عليه يوم الاخذ ولو قليلا لم يسلم وفائدته لو لحقه آخر رد المولى جميع ما أخذه بخلاف ما اذا أخذ منه ضريبة وليس عليه دين فانها تسلم له استحسانا والمدبر وأم الولد كالعبد بخلاف المكاتب وأشار المصنف الى أنه لا ربا بين المتفاوضين وشريكى العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره جرى بينهما (قوله ولا بين الحربى والمسلم ثمة) أى لا ربا بينهما فى دار الحرب عندهما خلافا لابى يوسف وفى البناية وكذا اذا باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له ولهما الحديث لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح و بعقد الامان منهم لم يصر معصوما الا أنه التزم أن لا يتعرض لهم بغدر ولا لما فى أيديهم بدون رضاهم فاذا أخذ برضاهم أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة الا أنه لا يخفى أنه انما اقتضى حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم أو من جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام فى الوجهين كذا فى فتح القدير وحكم من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر كالحربى عند أبى حنيفة لان ماله غير معصوم عنده فيجوز للمسلم الربا معه وأما اذا هاجر الينا ثم عاد اليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الاسلام كذا

ان بيع البر فى سنبله بمثله لا يجوز اهـ وانظر ما تقدم قبل خيار الشرط عند قول المصنف كبيع بر فى سنبله (قوله وفى المجتبى باع رغيفا نقدا الخ) انظر ما وجهه ووجهه شيخنا بأن الثمن يجوز

و يستقرض الخبز وزنا لا عددا ولا ربا بين المولى وعبده ولا بين المسلم والحربى ثمة

تأجيله دون المبيع وقوله ولو كان الرغيفان نقدا أى اللذان دخلت عليهما الباء وهما الثمن وقوله والرغيف نسيئة أى الذى هو المبيع أن باع رغيفا نسيئة برغيفين نقدا فلا يجوز لما فيه من تأجيل المبيع وعليه فذكر العدد اتفاقى و يبقى الاشكال فى الكسيرات وأيضا فان الجنس فيها موجود ولم يجوزوا بيع تمرة بتمرتين نسيئة فليتامل (قوله الا انه لا يخفى انه) أى الا ان التعليل بقوله ولان مالهم مباح الخ (قوله كذا فى فتح القدير) تتمة عبارة الفتح وكذا القمار قد

يفضى الى ان يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغالب له فالظاهر ان الاباحة بقيد نيل المسلم الزيادة وقد ألزم الاصحاب فى الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله تعالى أعلم

في الجوهرة وفي المجتبى معزيا الى الكفاية مستامن منا باشر مع رجل مسلما كان اوذميا في دارهم اومن أسلم هناك شيأ من العقود التي لاتجوز فيما بيننا كالربويات و بيع الميتة جاز عندهما خلافا لابي يوسف اهـ والله تعالى أعلم

﴿باب الحقوق﴾

كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل باول البيوع الاأن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع كذا في المعراج والحقوق جمع حق وفي المصباح الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشئ من بابي ضرب وقتل اذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اهـ وفي البداية الحق ما يستحقه الرجل وله معان آخر منها الحق ضد الباطل اهـ وفي شرح المنار للسيد نكركار الحق هو الشئ الموجود من كل وجه ولاريب في وجوده ومنه قوله عليه السلام السحر حق والعين حق اهـ وفي شرح البخاري للكرماني الحق حقيقة هو الله تعالى بجميع صفاته لانه الموجود حقيقة بمعنى لم يسبق بعدم ولم يلحقه عدم واطلاق الحق على غيره مجاز ولذا ورد في الحديث اللهم أنت الحق ووعدك الحق وقولك الحق بالتعريف في الثلاثة ثم قال ولقاؤك حق والجنة حق والنار حق والساعة حق بالتنكير اهـ وذكر الاصوليون أن الاحكام أربعة حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمعا فيه وحق الله تعالى غالب كحد القذف وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب كالقصاص قالوا والمراد من حق الله تعالى ما تعلق نفعه بالعموم وانما نسب الى الله تعظيما لانه متعال عن أن ينتفع بشئ ولا يجوز أن يكون حقاله تعالى بجهة التخليق لان الكل سواء في ذلك (قوله العلو لايدخل بشراء بيت بكل حق) يعني اذا اشترى بيتا فوقه بيت لايدخل فيه العلو ولوقال بكل حق هوله مالم ينص عليه لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لايكون تبعا لمثله وفي المصباح علو الدار وغيرها خلاف السفل بضم العين وكسرها اهـ وأورد المستعير له أن يعير مالا يختلف والمكاتب له أن يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من اكسابه (قوله و بشراء منزل الابكل حق هوله أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هوفيه أو منه) أي لايدخل العلو بشراء منزل الا أن يقول المشتري لفظا من الثلاثة لان المنزل له شبه بالدار وبالبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكن فيه الرجل باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه أصطبل فلشبه الدار يدخل بذكر التوابع ولشبه البيت لايدخل من غير ذكر توفيرا عليهما حظهما وفي الكافي ان هذا التفصيل مبني على عرف الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار والاحكام تبتني على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف أهله وفي الذخيرة اعلم ان الحق في العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ولابد للمبيع منه ولا يقصد الالاجل المبيع كالطريق والشرب للارض والمرافق عبارة عما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب ومسيل الماء وقوله كل قليل وكثير يذكر على وجه المبالغة في اسقاط حق البائع عن المبيع مما يتصل بالمبيع اهـ وفي المصباح المرافق جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لاغير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة بخلاف المرفق في الوضوء فان فيه لغتين فتح الميم وكسر الفاء كمسجد و بالعكس وكذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به اهـ فالحاصل ان المرفق مطلقا

﴿باب الحقوق﴾
العلو لايدخل بشراء بيت بكل حق و بشراء منزل الا بكل حق هوله أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هوفيه أومنه

(قوله باشر مع رجل مسلما كان أوذميا الخ) فيه نظر والذي رأيته في المجتبى مستامن من أهل دارنا مسلما كان أوذميا في دارهم أومن أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لاتجوز الخ ويمكن تصحيح عبارة المؤلف بان يجعل قوله مسلما كان أوذميا عائدا الى قوله مستامن لاالى رجل

﴿باب الحقوق﴾

(قول المصنف ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق) أقول العرف في زماننا دخولها بمجرد العقد بدون قوله كل حق ولا يفهم العاقدان سوى ذلك فقتضى ما مر في مسئلة العلو عن الكافي دخول هذه المذكورات وان لم يقل بكل حق لان عرف زماننا دخول ذلك لاسيما الشرب ثم رأيت في الذخيرة البرهانية قال فالاصل ان ما كان في الدار من البناء

فيه لغتان الامر في الدار وفي جامع الفصولين من الفصل السابع ومايذكر في دعوى العقار من قوله بحقوقه ومرافقه فحقوقه عبارة عن مسيل الماء وطريق وغيره وفاقا ومرافقه عند أبي يوسف عبارة عن منافع الدار وفي ظاهر الرواية المرافق هي الحقوق اهـ (قوله ودخل بشراء دار) أي العلو بشراء دار وان لم يذكر شيأ من ذلك لان الدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه فيدخل فيه من غير ذكر وفي البناية الدار لغة اسم لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بادارة خط عليها فبني في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحراء للاستراحة ومنافع الابنية للاسكان وغير ذلك ولا فرق بين ما اذا كانت الابنية بالماء والتراب أو بالخيام والقباب اهـ (قوله كالكنيف) أي كما يدخل بشراء الدار وان لم يصرح به لان الكنيف منها وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التي في صحنها والبستان الداخل فاما الخارج فان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط وان كان أصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا والكنيف المستراح وفي المصباح الكنيف الساتر ويسمى الترس كنيفا لانه يستر صاحبه وقيل للمرحاض كنيف لانه يستر قاضي الحاجة والجمع كنف مثل نذير ونذر اهـ أطلقه فشمل ما اذا كان الكنيف خارجا مبنيا على الظلة لانه يعد منها عادة (قوله لا الظلة الا بكل حق) أي لا تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق وهي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على الدار الاخرى أو على اسطوانات في السكة كذا في فتح القدير وفي الصحاح والظلة بالضم كهيئة الصفة وقرئ في ظلل على الارائك متكئين والظلة أيضا أول سحابة تظل عن أبي زيد وعذاب يوم الظلة قالوا غيم تحته سموم والمظلة بالكسر البيت الكبير من الشعر اهـ وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب وانما لا تدخل عند أبي حنيفة لانها مبنية على الطريق فاخذت حكمه وعندهما ان كان مفتحها في الدار تدخل مطلقا لانها من توابعها كالكنيف وليس مراد المصنف بقوله الا بكل حق القصر على هذا بل انما المراد به أو بنحوه بان يقال بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيه كذا في البناية وفي الخانية ويدخل الباب الاعظم فيما اذا باع بيتا أو دارا بمرافقه لان الباب الاعظم من مرافقها اهـ (قوله ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة) أي لا تدخل الثلاثة في بيع الارض أو المسكن الا بذكر كل حق ونحوه بخلاف الاجارة حيث تدخل مطلقا لان كلا منها خارج عن الحدود فكانت تابعة فتدخل بذكر التوابع وأما الاجارة فانما المقصود منها الانتفاع ولا يتحقق الا بها ولان البيع شرع لتمليك العين لا المنفعة بدليل صحة شراء جحش ومهر صغير وأرض سبخة ولا تصح اجارتها وكذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت بخلاف البيع وقد يتجر في العين فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة وفي المعراج أراد الطريق الخاص في ملك انسان أما الطريق الى سكة غير نافذة أو الى

أو كان متصلا بالبناء يدخل في بيع الدار من غير ذكر بطريق التبعية وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر الا اذا كان شيأ جرى العرف فيه فيما بين الناس ان البائع لا يمنعه عن المشتري فحينئذ يدخل وان لم

ودخل بشراء دار كالكنيف لا الظلة الا بكل حق ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة

يذكره في البيع والمفتاح يدخل استحسانا ولا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار الا انا استحسنا وقلنا بالدخول بحكم العرف لان العرف فيما بين الناس ان البائع للدار لا يمنع المفتاح عن المشتري ويسلمون الدار بتسليم المفتاح والقفل ومفتاحه لا يدخلان

والسلم ان كان متصلا بالبناء يدخل سواء كان من خشب أو مدر والسرر نظير السلالم اهـ (قوله في بيع الارض أو المسكن) في القاموس المسكن المنزل وعبارة الهداية ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الخ وكأنه أراد بالمسكن الدار (قوله وفي المعراج أراد الطريق الخاص الخ) قال في فتح القدير وقال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا تدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس من هذه

الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو وغيره في الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيأ معينا منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بذكره اه وتامل قوله فلا يدخل ملك البائع مع ما سيذكره المؤلف عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان ومع ما نقله الرملي عن الخلاصة كما سنذكره (قوله وان كانت تلك الدار لغير البائع كان عيبا) قال الرملي في الخلاصة في كتاب الشرب في الفصل الثاني في مسائل الماء ومسائل السطح وفي النوازل رجل له داران مسيل سطح أحدهما على سطح الدار الاخرى فباع الدار التي عليها المسيل من انسان بكل حق هو لها ثم باع الدار الاخرى من آخر فاراد المشتري الاول أن يمنع المشتري الثاني من اسالة الماء على سطحه قال له أن يمنعه الا أن يكون اشترط عليه وقت ما باعه اني لم أبع منك مسيل الماء في الدار التي بعت اه أقول وبه علم جواب حادثة الفتوى وهي رجل له كرمان طريق أحدهما من الآخر فباع لبنته الذي فيه الطريق على ان له المرور كما كان فباعته لاجنبي فهل له منع الاب من الاستطراق أم لا ولو تضرر بمروره الجواب ليس له منعه تامل هذا ورأيت عبارة الخلاصة في نسختي قال لا يمنعه ورأيت في البزازية ليس له ذلك وعزاه في الخلاصة للنوازل فراجعت النوازل بعد ان أشكل على ذلك فرأيته قال له أن يمنعه الخ ثم راجعت الولوالجية فرأيته قال له ذلك ١٥٠ فتيقنت انه سبق قلم من الكتبة فاصلحته في الخلاصة والبزازية فتيقظ والله تعالى أعلم

طريق عام يدخل اه وفي المحيط وكذا ما كان له من حق مسيل الماء أو القاء الثلج في ملك انسان لحاجته وفي الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون عند البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الاول كذا في البناية فان ذكر الحقوق وقال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فان المشتري لا يستحق الطريق من غير حجة لكن له أن يردها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت الجذوع للبائع يؤمر البائع بازرفع وان كانت لغيره كان عيبا وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق أو مسيل ماء لدار أخرى فان كانت تلك الدار للبائع لم يكن للبائع أن يمر في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت تلك الدار لغير البائع كان عيبا كذا في شرح الجامع الصغير لقاضيخان وفي الخلاصة يدخل الطريق في الرهن والصدقة الموقوفة كالاجارة وفي الخانية لو أقر بدار أو صالح على دار أو وصى بدار ولم يذكر حقوقها ومرافقها لم يدخل الطريق اه وأما اذا اقتسما ولم يذكرا طريقا فان أمكنه فتح باب صحت والا فسدت ولا يدخل الا بذكر الحقوق وفي البيع يدخل بذكر الحقوق وان أمكنه فتح باب وبيان الفرق بين القسمة والاجارة وبينها وبين البيع في المعراج اه

(وباب

(قوله ولا يدخل الا بذكر الحقوق) أي في صورة ما اذا لم يمكنه فتح باب وتصح القسمة حينئذ كما لا يخفى أما اذا أمكنه فلا تدخل وان ذكرت كما سيأتي (قوله وبيان الفرق بين القسمة والاجارة الخ) ذكره في الكفاية أيضا فقال وفي الفوائد الظهيرية فرق بين الاجارة وبين القسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة وفيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة واقتسما فاصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما في الاجارة لان في الاجارة موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستأجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضا به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع اذا ذكر الحقوق وان أمكنه أن يفتح الباب فيما ابتاع ويسيل ماءه فيه وفي القسمة لا يدخل والفرق ان المقصود من القسمة تمييز أحد الملكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا شركة للآخر فيه فلا يصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند التعذر والانتفاع بنصيب صاحبه لا يخل بمقصود البيع فلهذا افترقا اه هذا والمفهوم من هذا الكلام ان في القسمة اذا لم تذكر الحقوق ولم يمكنه احداث مثلها في نصيبه ولو واحدا منها فالقسمة فاسدة ولا تدخل الحقوق التي كانت الا بذكرها وان أمكنه احداث مثلها فلا تدخل وان ذكرت

والقسمة صحيحة وهذا موافق لما ذكره المؤلف هنا قال فى النهر والمذكور فى نظم ابن وهبان انه اذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وان لم يعلم فسدت وفى الفتح ولا يدخل الطريق والمسيل فيها الا برضا صريح ولا يكفى فيه ذكر الحقوق والمرافق اهـ قلت الذى فى الفتح مثل ما نقلناه عن الكفاية والذى نقله عنه فى النهر ذكره فى الفتح فيما اذا ذكر الحقوق وأمكنه احداثها ومعناه ان دليل الرضا وهو ذكر الحقوق والمرافق لا يكفى كما يكفى فيما اذا لم يمكنه الاحداث بل لا بد فى دخولها من صريح رضا شريكه وهذا موافق لما مر فتدبر

﴿باب الاستحقاق﴾

(قوله وصحح العمادى فى الفصول الخ) نقل الرملى عن الغزى عبارة الفصول فى الفصل العاشر فى دعوى الوقف وليس فيها تصحيح أصلا بل مجرد حكاية انه قضاء على الكافة عن الامام الحلوانى والسندى وعدمه عن الفقيه أبى الليث والصدر الشهيد قال وفى الفواكه البدرية لمولانا بدر الدين بن الغرس ان القضاء بالوقف لا يكون قضاء كليا حتى تسمع فيه دعوى ملك ووقف آخر وهو الصحيح اهـ قلت وعبارة جامع الفصولين القضاء بالوقفية قيل يكون على الناس كافة وقيل لا (قوله فى الحرية والنكاح والنسب والولاء)

﴿باب الاستحقاق﴾

البينة حجة متعدية لا الاقرار

﴿باب الاستحقاق﴾

وهو طلب الحق وفى المصباح استحق فلان الامر استوجبه قاله الفارابى وجماعة فالامر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج المبيع مستحقا اهـ وذكره عقب الحقوق للمناسبة بينهما لفظا ومعنى (قوله البينة حجة متعدية لا الاقرار) لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضى وله ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه كذا ذكر الشارح وظاهره ان معنى التعدى انه يكون القضاء به قضاء على كافة الناس فى كل شئ قضى به بالبينة وليس كذلك وانما يكون القضاء على الكافة فى العتق قال فى الخلاصة القضاء بحرية العبد قضاء فى حق الناس كافة اهـ وفى الصغرى من دعوى النكاح من كتاب الدعوى اذا قضى القاضى لانسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة ثم ادعاه الآخر لا تسمع ذكره فى آخر الباب الرابع والمائة من أدب القاضى اهـ وأما القضاء بالوقف ففى الخلاصة من القضاء والقضاء بوقفية موضع هل يكون قضاء على الناس كافة اختلف المشايخ فيه وفى كتاب الدعوى أرض فى يد رجل ادعى رجل ان هذه الدار وقف من جهة فلان على جهة معلومة وانه متولى ذلك الوقف وذكر الشرائط وأثبت بالبينة وقضى القاضى بالوقفية ثم جاء رجل وادعى ان هذه الارض ملكه وحقه تسمع بخلاف العبد اذا ادعى العتق على انسان وقضى القاضى بالعتق ثم ادعى رجل ان هذا العبد ملكه لا تسمع لان القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس كافة بخلاف الوقف قال الصدر الشهيد لم نر لهذا رواية ولكن سمعت ان فتوى السيد أبى شجاع على هذا وفى فوائد شمس الائمة الحلوانى وركن الاسلام على السغدى ان الوقف كالعتق فى عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضى بالوقفية لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يبطل الا فى مواضع مخصوصة وكذا فى النوازل اهـ وصحح العمادى فى الفصول ان القضاء به ليس قضاء على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك فقد ظهر بهذا ان القضاء يكون على الكافة فى الحرية والنكاح والنسب والولاء خاصة وفى الوقف يقتصر على الاصح وأما القضاء بالملك فقضاء على المدعى عليه وعلى من تلقى الملك منه كذا فى الخلاصة وفيها قبله المشترى اذا صار مقضيا عليه هل يصير البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع ان قال المشترى فى جواب دعوى المدعى ملكى لانى اشتريته من فلان يعنى من البائع صار البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع دعوى البائع هذا المحدود ويرجع المشترى عليه بالثمن أما اذا قال فى الجواب ملكى ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه حتى تسمع دعواه هذا المحدود والارث كالشراء وهو منصوص فى الجامع الكبير وصورتها دار فى يد رجل يدعى انها له فجاء آخر وادعى انها له ورثها من أبيه وأقام البينة وقضى القاضى له عليه بها ثم جاء أخو المقضى عليه وادعى ان هذه الدار كانت لابيه مات وتركها

أراد بالحرية بالعتق لانه هو الذى ذكره سابقا وسيأتى عن الدرر ذكر الحرية الاصلية وتقييد العتق بما اذا كان فى ملك مطلق لا مؤرخ ليكون بمنزلة الحرية الاصلية فى كونه قضاء على الكافة مطلقا والا يكون قضاء على الكافة من وقت التاريخ وزاد فى الحواشى الحموية على ما هنا ما فى معين الحكام لو أحضر رجلا وادعى عليه حقا لموكله وأقام البينة على انه وكله فى استيفاء حقوقه والخصومة قبلت ويقضى بالوكالة ويكون القضاء عليه قضاء على كافة الناس لانه ادعى عليه حقا بسبب الوكالة فكان اثبات

وأما الحكم في الملك المؤرخ الخ) قال السيد أبو السعود في حاشية مسكين استنبط شيخنا من كلام منلا خسرو ان القضاء بالنكاح لمن ادعاه وأثبته يكون قضاء في حق كافة الناس من وقت التاريخ فلا تسمع دعوى أحد نكاحها من ذلك الوقت مابقي النكاح المقضي به وقبل الوقت الذي أرخه تقبل و يبطل به الحكم للاول لانه يصير قضاء على الكافة من وقت التاريخ لا قبله اهـ (قوله وفيه اختلاف المشايخ الخ) ذكر في فتح القدير عن فتاوى رشيد الدين انه مشى أولا على القول الثاني وفي آخر الباب قال والاول أظهر وأقرب الى الصواب ثم قال وهذا يناقض ماذكره أولا الا ان تخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع فيتحصل انه اذا ثبت الحق بهما ينبغي على ما جعله الاظهر أن يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتبار قضائه بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر

ميراثا له بين الاخ المقضي عليه و بينه يقضي للاخ المدعي بنصف الدار لان الاخ المقضي عليه لم يقل في الجواب ملكي لاني ورثتها من أبي فلم يصر الاخ الآخر حينئذ مقضيا عليه فتسمع دعواه وكذا لو أقر ذو اليد وهو الاخ المقضي عليه انه ورثها من أبيه بعدما أنكر و بعد اقامة البينة ولو أقر انه ورثها من أبيه قبل اقامة البينة لا تسمع دعوى الاخ اهـ وذكر قبله المورث اذا صار مقضيا عليه في محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود وان ادعى الارث من هذا المورث لا تسمع وان ادعى مطلقا تسمع وان كان على القلب بان كان المورث مدعيا والمقضي عليه أجنبيا فلما مات المورث ادعى المقضي عليه هذا المحدود مطلقا على وارثه لا تسمع وذكر فيها معزيا الى الصغرى في دعوى الدين على احدى الورثة وقد أقر المدعي ان الميت لم يترك شيأ القضاء عليه قضاء على الميت اهـ وحاصله ان القضاء على المشتري قضاء على البائع بالشرط السابق وفي فتح القدير ان القضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه وعلى الوارث قضاء على المورث بشرطه وعلى المورث قضاء على الوارث بشرطه وعلى أحد الورثة قضاء على الباقي بشرطه وذكر منلا خسرو من باب الاستحقاق والحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه وأما الحكم في الملك المؤرخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله يعني اذا قال زيد لبكر انك عبدي ملكتك منذ خمسة أعوام فقال بكر اني كنت عبد بشر ملكني منذ ستة أعوام فاعتقني فبرهن عليه اندفع دعوى زيد ثم اذا قال عمرو لبكر انك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام وأنت ملكي الآن فبرهن عليه تقبل و يفسخ الحكم بحريته و يجعل ملكا لعمرو و يدل عليه ان قاضيخان قال في أول البيوع في شرح الزيادات فصارت مسائل الباب على قسمين أحدهما عتق في ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثاني القضاء بالعتق في الملك المؤرخ وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله فليكن هذا على ذكر منك فان الكتب المشهورة خالية عن هذه الفائدة اهـ ومن فروع التعدي اذا قضي بها دون الاقرار مسئلة في الاستحقاق اذا استحق المبيع ببينة رجع المشتري على بائعه بالثمن وبالاقرار لا ومن مسائل الاستحقاق ما في جامع الفصولين لو استحق بالبينة فطلب ثمنه من بائعه فقال المبيع لي وشهدا بزور فقال المشتري أنا أشهد بذلك وانهما شهدا بزور فللمشتري أن يرجع بثمنه على بائعه مع هذا الاقرار اذ المبيع لم يسلم له فلا يحل ثمنه للبائع ثم قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه اذ الحكم وقع ببينة لا باقرار لانه محتاج الى أن يثبت عليه الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه وفيه لو برهن المدعي ثم أقر المدعى عليه بالملك يقضي له باقرار لا ببينة اذ البينة انما تقبل على المنكر لا على المقر وفيه اختلاف المشايخ فقيل يقضي بالاقرار وقيل بالبينة والاول أظهر وأقرب الى الصواب اهـ وأورد على ان الاقرار قاصر على المقر مسئلتان الاولى اذا أراد الزوج أن يسافر بامرأته وأقرت بدين لانسان فانه يمنعها من السفر الثانية اذا أقر الآجر بدين يصح وتنفسخ الاجارة ولم يقتصر الاقرار على المقر والجواب ان هذا الاقرار وان كان على الغير لكنه من ضرورات الاقرار لانه صادف خالص حق المقر وهو الذمة ثم لزم منه اتلاف حق الغير بالضرورة ولان المرأة والآجر

قضاء بها لينذفع الضرر عنه بالرجوع اهـ ولخصه في النهر بقوله وتحصل من هذا ان عند ثبوت الحق بهما يقضي بالاقرار على الاظهر الا عند الحاجة فبالبينة وسيذكر المؤلف عبارته بتمامها في التتمة آخر هذا الفصل يقدران

يقدران على الانشاء بالاستقراض وهذا قول أبي حنيفة وعندهما لا يصدق المؤجر في حق المستأجر ولا تنتقض الاجارة ولا تصدق المرأة في حق الزوج حتى لا يكون للمقر له حبسها وملازمتها ولا يبطل حق الزوج في نقلها كذا ذكره العتابي في شرح الزيادات وذكر قبله أصلا لابي حنيفة فقال أصل الباب ان اقرار الانسان على غيره لا يصح وذلك بان يتضمن اقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف البطلان الى اقراره ففي مسئلة الاجارة انما يصح اقراره لانه تصرف في ذمة نفسه بالتزام الدين ثم تعدى الى حق الغير وهو المستأجر وحقه انما يبطل بعد الاقرار بالبيع والتنفيذ فلا يضاف البطلان الى اقرار الآجر فلا يكون اقرارا على الغير وكذا في مسئلة المرأة اهـ ومن مسائل اقتصار الاقرار مسئلة في الذخيرة من الفصل الثالث والعشرين من المتفرقات قبيل الصرف ذكر في الباب الاول من شهادات الجامع شهدا على رجل بعتق عبد فردت لتهمة فوكل المولى أحدهما ببيعه فباعه من الشاهد الآخر صح البيع لان قولهما لم ينفذ في حق المالك والمتعاقدان وان تصادقا على فساد البيع لكن قولهما ليس بحجة على غيرهما وعتق العبد لاقرار المشتري بحريته وولاؤه موقوف وبرئ المشتري عن الثمن في قياس قولهما ولا يبرأ في قياس قول أبي يوسف بناء على ابراء الوكيل بالبيع عن الثمن وضمنه الوكيل عندهما وليس للوكيل حق استيفاء الثمن عند أبي يوسف انما يستوفيه الموكل بخلاف الوكيل بالبيع اذا أبرأ عن الثمن حتى لم يصح الابراء عنده فللوكيل استيفاؤه ان باع الوكيل العبد من غير صاحبه جاز ولا عتق ولا براءة وتمامه فيها (قوله والتناقض يمنع دعوى الملك) لان القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذا أحدهما ليس باولى من الآخر فسقطا وهذا أصل لفروع كثيرة مذكورة في الدعوى ولا باس بايراد نبذة منها فمن ذلك ما في الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بانه دين له عليه وأنكره المدعى عليه ثم ادعى ان ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فانه لا تسمع دعواه لانه متناقض في كلامه ولو كان الامر بالعكس تسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز ان يكون دينا بالجحود والدين لا يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضا رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو باخي ثم مات المدعي وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعى عليه يطالب ميراثه وقال هو أخي لا تقبل ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسألة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا في يد انسان انها لفلان وكاني بالخصومة فيها ثم ادعى انها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته ولو ادعى انها له ثم ادعى بعد ذلك انه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا اهـ ومنها ما في البزازية ادعى شراء دار من أبيه فقبل أن يزكى شهوده برهن على انه ورثها من أبيه تقبل لوضوح التوفيق لانه يقول جحدني الشراء فملكت بالارث وعلى العكس لا ومنها ما فيها أيضا ادعى الصدقة منه منذ سنة ثم ادعى الشراء منه منذ شهر وبرهن لا تقبل الا اذا وفق كما مر ومنها ما فيها لو ادعى أولا الوقف ثم لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه ولو ادعى انها له ثم ادعى انها وقف عليه تسمع لصحة الاضافة بالاخصية انتفاعا كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره ومنها ما فيها أيضا ادعى انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى انه لفلان آخر وكله بالخصومة لا تقبل اذ الوكيل بالخصومة في عين من جهة زيد مثلا لا يلي اضافته الى غيره الا اذا وفق وقال كان لفلان الاول وكاني بالخصومة ثم باعه من الثاني ووكاني الثاني أيضا والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس ثم جاء بعد مدة وبرهن على ذلك

والتناقض يمنع دعوى الملك

(قوله وولاؤه موقوف) لان المولى مع المشتري كل منهما ينفيه عن نفسه ذخيرة (قوله والمسئلة بحالها) أي ثم مات المدعي عن مال فادعى المدعى عليه البنوة أو الابوة ويظهر الفرق مما يأتي عن البزازية فقر يبا في القولة الآتية (قوله يصير متناقضا فلا تقبل بينته) أي لان الانسان لا يضيف مال نفسه الى غيره قال صاحب جامع الفصولين بعد ذكر المسئلة في الفصل ٩ ٣ أقول يمكن أيضا في هذا انه أضاف مال الغير الى نفسه فلا تناقض حينئذ فينبغي أن يكون مقبولا

على مانص عليه الحصيري في الجامع دلنا به ان الامكان لا يكفي ومنها لو ادعى انه وكيل عن فلان بالخصومة فيه ثم ادعاه لنفسه لا يقبل لان ماهو له لا يضيفه الى غيره في الخصومة ولا يحكم له بالملك بعدما أقر به لغيره ولو برهن أولا لموكله لعدم الشهادة به له الا اذا وفق وقال كان لفلان وكلني بالخصومة ثم اشتريته منه وبرهن على ذلك الامر الممكن بخلاف ما اذا ادعاه لنفسه ثم ادعى انه وكيل لفلان بالخصومة لعدم المنافاة فان الوكيل بالخصومة قد يضيف الى نفسه يكون المطالبة له ومنها مافي الاجناس الصغرى ادعى محدودا بشراء أو ارث ثم ادعاه ملكا مطلقا لا تسمع اذا كانت الدعوى الاولى عند القاضي فاما اذا لم تكن عند القاضي فهذا والاول سواء وهذا على الرواية التي ذكروا ان التناقض انما يتحقق اذا كان كلا الدعوتين عند القاضي فامامن اشترط ان يكون الثاني عند القاضي يكفي في تحقق التناقض كون الثاني عند الحاكم وفيها أيضا والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم المقر اذا صار مكذبا شرعا بطل اقراره وفيها الايداع والاستعارة والاستئجار والاستيهاب اقرار بان العين لذي اليد فلا تسمع دعواه بانها له وطلب نكاح الامة مانع من دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها اهـ وذكر الاختلاف في أن امكان التوفيق يكفي لدفع التناقض أو التوفيق بالفعل ذكرهما في الخلاصة وفي البزازية معزيا الى الخجندي انه اختار أن التناقض ان كان من المدعي لابد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان وان كان من المدعى عليه يكفي الامكان لان الظاهر عند الامكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق ويقال أيضا ان تعدد الوجوه لا يكفي الامكان وان اتحد يكفي الامكان اهـ وسيأتي لهذا مزيد ان شاء الله تعالى في مسائل شتى من كتاب القضاء عند قول المصنف ما كان لك علي شئ قط ثم ادعى الايفاء أو الابراء وفي كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى والتناقض في اللغة كما في المصباح التدافع يقال تناقض الكلامان تدافعا كان كل واحد نقض الآخر وفي كلامه تناقض اذا كان بعضه يقتضي ابطال بعض اهـ وفي الصحاح والمناقضة في القول ان يتكلم بما يتناقض معناه اهـ وأما في المنطق فقال في الشمسية من الفصل الثالث في أحكام القضايا وحدوا التناقض بانه اختلاف قضيتين بالسلب والايجاب بحيث يقتضي لذاته أن تكون احداهما صادقة والاخرى كاذبة فلا يتحقق في المخصوصتين الا عند اتحاد الموضوع ويندرج فيه وحدة الشرط والجزء والكل وعند اتحاد المحمول ويندرج فيه وحدة الزمان والمكان والاضافة والقوة والفعل والمحصورتين ولابد مع ذلك من الاختلاف بالكمية لصدق الجزئيتين وكذب الكليتين في كل مادة يكون الموضوع فيها أعم ولابد من الاختلاف بالجهة في الكل لصدق الممكنتين وكذب الضروريتين في مادة الامكان اهـ وتوضيحه في شرحها للقطب والظاهر ان مراد الفقهاء به المعنى اللغوي لا المنطقي كما لا يخفى (قوله لا الحرية والنسب والطلاق) لان مبناها على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب يبتني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى فتفرع على المسئلة الاولى ما في المبسوط من باب الاقرار بالرق ان الامة اذا أقرت بالرق فباعها المقر له جاز فان ادعت عتقا بعد البيع وأقامت البينة على عتق من البائع أو على انها حرة من الاصل قبلت بينتها استحسانا ولو باع عبدا ودفعه الى المشتري وقبض ثمنه وقبضه المشتري وذهب به الى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهذا اقرار

لا الحرية والنسب والطلاق

(قوله وهذا على الرواية التي ذكروا الخ) سيأتي عن البزازية ما يفيد ترجيح الثانية واختاره المؤلف وعن النهر اختيار الاولى (قوله والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم) قال في البزازية كمن ادعى انه كفل له عن مديونه بالف فانكر الكفالة فبرهن الدائن وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال ثم ان الكفيل ادعى على المديون انه كان كفيلا عنه بامره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المكفول بما كفل لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء اهـ

منه

منه بالرق لانه انقاد للبيع والتسليم ولا يثبت ذلك شرعا الا فى الرقيق فلا يصدق فى دعوى الحرية بعد ذلك لانه يسعى فى نقض ما تم من جهته الا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذ تقبل والتناقض لا يمنع من ذلك وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية كان اقرارا له بالرق بخلاف ما لو أجره ثم قال أنا حر فالقول قوله لان الاجارة تصرف فى منافعه لا فى عينه ومنافع الحر تملك بالاجارة كالعبد فلا يكون اقرارا له بالرق والاجارة ليست باقرار من الخادم بالرق وهو اقرار من المستأجر بان العبد ليس له حتى لو ادعاه بعد ما استأجره لنفسه لا يصدق اه وأطلق الحرية فشمل الاصلية والعارضة لخفاء حال العلوق فان الولد انجلب صغيرا من دار الى دار وينفرد المولى بالاعتاق ولهذا قلنا المكاتب اذا ادى بدل الكتابة ثم ادعى تقدم اعتاقه على الكتابة تقبل ويؤدى بدل الكتابة كذا فى البزازية وأما التناقض المعفو فى النسب فصورته لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول انه ابنه فتسمع دعواه ويبطل الشراء الاول والثانى لان النسب ينبنى على العلوق فيخفى فيعذر فى التناقض هكذا صوره العينى فى شرح الكنز وظاهره ان النسب فى كلام المصنف خاص بالاصول والفروع وأما تناقض ما عداهم فانه يمنع لما قدمناه من أنه اذا أنكر اخوته عند طلب الانفاق عليه فمات فادعى بعده انه أخوه طالبا ميراثه لم تسمع ورجوعه الى التناقض فى دعوى الملك لكونه لا يصح الدعوى بانه أخوه الا اذا ادعى حقا ولذا قال فى البزازية من العاشر فى النسب والارث من كتاب الدعوى ادعى على آخر انه أخوه لابويه ان ادعى ارثا أو نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا حتى لو حضر الاب وأنكر لا تقبل ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه لا يتوصل اليه الا باثبات الحق على الغائب وان لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا تقبل لان هذا فى الحقيقة اثبات البنوة على أبى المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ وكذا لو ادعى انه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والاب غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالا فان ادعى مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا كما مر بخلاف ما اذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة انها زوجته أو ادعت عليه انه زوجها أو ادعى العبد على عربى انه مولاه عتاقة أو ادعى عربى على آخر انه معتقه أو ادعت على رجل أنها أمته أو كان الدعوى فى ولاء الموالاة وأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على ما قال تقبل ادعى به حقا أو لا بخلاف دعوى الاخوة لانه دعوى الغير ألا ترى انه لو أقر انه أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح أو بانه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها ولو قال هذا الولد ليس منى ثم قال انما ثم قال منى يصدق لخفاء العلوق فاندفع ما لو قال هذه الدار ليست لى ثم ادعاها كما مر كذا فيها أيضا وفى جامع الفصولين قال لست وارثا ثم ادعى انه وارثه وبين الجهة تسمع لان التناقض فى النسب معفو عنه اه وعلى هذا أفتيت فيمن أقر انه ليس ابن فلان ثم ادعى انه ابنه انها تسمع أما الطلاق فصوره العينى بما اذا اختلعت من زوجها ثم أقامت بينة انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وفى البزازية ادعت الطلاق فانكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث اه وليس المراد حصر ما يعفى فيه التناقض بل المراد ان ما كان مبنيا على الخفاء فانه يعفى فيه التناقض فمن ذلك ما فى الظهيرية اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشترى وقال ان أبى اشترى هذه الدار لى من نفسه فى صغرى وهى

ملكي وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه في دفع دعوى المدعى انك متناقض في هذه الدعوى لان استئجارك هذه الدار مني اعتراف منك ان الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح ان هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعي وان كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك اه وفي البزازية معزيا الى الصغرى اشترى ثوبا في منديل ثم زعم انه لم يعرفه قال تقبل وفي الذخيرة قيل لا يقبل في المسائل كلها وفي العيون قدم بلدة واشترى أو استأجر دارا ثم ادعاها قائلا بانها دار أبيه مات وتركها ميراثا له وكان لم يعرفها وقت الاستيام لا تقبل قال والقبول أصح وفي المنية اثنان اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما ان أباه كان جعل له هذا الشئ المعين من الذي كان داخلا تحت القسمة ان قال انه كان في صغري تقبل وان مطلقا لا ذكر الوتار تولى ولاية وقف أو تولى وصاية تركة بعد تبين كونها تركة أو تسم تركة بين ورثة ثم ادعاه لنفسه لا تسمع اشترى جارية في نقاب ثم ادعاها وزعم انه لم يعلمها لا يقبل ولو اشترى ثوبا في منديل ثم ادعى انه له لا يقبل قال محمد النظر الى ذلك الشئ ان كان مما يمكن أن يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا تقبل الا اذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته اياها فتقبل وان كان مما لا يعرف كثوب في منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيأ يقبل ولاجل هذا الاختلاف أقاويل العلماء في القبول وعدمه في المسائل اه وفيها أيضا استأجر دابة من آخر ثم ادعى انها كانت له اشتراها له أبوه في صغره وبرهن تقبل لان التناقض يعفى فيما يجري فيه الخفاء فان الاب ينفرد بالشراء للابن ومن الابن اه ومما يعفى فيه التناقض ما في البزازية ادعى المالك على الغاصب قيمة العين لهلاكها ثم ادعى انها باقية وبرهن تقبل لانه موضع الخفاء اه ثم اعلم ان المتناقض الذي لا تسمع دعواه اذا قال تركت أحد الكلامين فانه يقبل منه قال في البزازية معزيا الى الذخيرة ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بانك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي ادعيته الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه وفيها معزيا الى المحيط ادعى على آخر عند غير الحاكم بالشراء أو الارث ثم ادعاه عند الحاكم ملكا مطلقا ان ادعى الشراء من معروف لا تقبل وان كان ادعاه من رجل مجهول أو قال من رجل ثم المطلق عند الحاكم يقبل دلت المسئلة انه لا يشترط في التناقض كون المتدافعين في مجلس الحكم بل يكتفي بكون الثاني في مجلس الحكم اه (قوله مبيعة ولدت فاستحقت ببينة يتبعها ولدها وان أقر بها الرجل لا) أي لا يتبعها ولدها تفريع على القاعدة الاولى وهي التعدي وعدمه والمراد انها ولدت من غير مولاها وفي الكافي ولدت لا باستيلاده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفي بها وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح وفي النهاية انما لا يتبعها الولد في الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل ولم يذكر المصنف متى ينفسخ البيع اذا ظهر الاستحقاق وفيه أقوال قيل بقبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعدما قضى له أو بعدما قبضه له قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني في الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات

مبيعة ولدت فاستحقت ببينة يتبعها ولدها وان أقر بها الرجل لا

(قوله اعلم ان المتناقض الخ) قال في النهر وفي هذا الاستخراج تأمل فتدبره اه لان ادعاء المطلق لا يناقض دعوى المقيد أولا فتامل وانظر ما نذكره عن الرملي في متفرقات القضاء عند قوله ادعى دارا في يد رجل لكن ذكر هناك عن البزازية ادعى عليه ملكا مطلقا ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل ويسمع برهانه بخلاف العكس الا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثاني المقيد الاول لكون المطلق أزيد من المقيد وعليه الفتوى (قوله ثم المطلق عند الحاكم) أي ثم ادعى المطلق عند الحاكم (قوله دلت المسئلة انه لا يشترط في التناقض الخ) قال في النهر والاوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم اذ من شرائط الدعوى كونها لديه كما سيأتي والله تعالى الموفق

مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي ظاهر الروايات لا ينفسخ مالم يفسخ وهو الاصح اه وتمامه في فتح القدير وفي البزازية من فصل الاستحقاق واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشتري شيأ كزوائد المغصوب اه وفيها من التناقض برهن على جارية انها له فقضى له بها وولدها في يد المدعى عليه لم يعلم به الحاكم فبرهن المدعي أنه ولدها يقضى به له أيضا فان رجع شهود الام بعد ذلك يضمنون قيمة الام والولد لان القضاء بالولد له بواسطة شهود الام فانهم لو رجعوا بعد القضاء بالام قبل الحكم بالولد أو ارتدوا عن الاسلام أو فسقوا لا يحكم بالولد له الا أن يشهدوا بانه ملك المدعي ولدته على ملكه جاريته شهدا على رجل في يده جارية انها لهذا المدعي ثم غابوا أو ماتوا ولها ولد في يد المدعى عليه يدعيه المدعى عليه أيضا أنه له وبرهن المدعى عليه على ذلك لا يلتفت الحاكم الى كلام المدعى عليه وبرهانه ويقضى بالولد للمدعي فان حضر الشهود وقالوا الولد كان للمدعى عليه يقضى بضمان قيمة الولد على الشهود كانهم رجعوا فان كان الشهود حضورا سألهم عن الولد فان قالوا انه للمدعى عليه أو لا ندري لمن الولد يقضى بالام للمدعي ولا يقضى بالولد فهذا يؤيد ما ذكرنا أولا اه (قوله وان قال عبد لمشتر اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شئ على العبد) تفريع على أن التناقض في دعوى الحرية معفو عنه فان هذا الشخص أقر أولا بالعبودية ثم ظهر بعد ذلك أنه حر بدعواه فكان متناقضا لكنه معفو عنه في دعوى الحرية فتقبل الشهادة وحينئذ فلا يدل وضعها على أنه لا يشترط الدعوى في الحرية العارضة بل العارضة والاصلية سواء في أنه لابد من دعوى العبد عند أبي حنيفة وهو قول الجمهور وهو الصحيح لانها حق العبد ولا يمنعها التناقض كما ذكرنا وانما لم يلزم العبد في هاتين الصورتين شئ لامكان الرجوع على البائع القابض (قوله والا رجع المشتري على العبد والعبد على البائع) أي وان كان البائع غائبا غيبة غير معروفة بان لم يدر مكانه فان المشتري يرجع على من قال له اشترني فانا عبد بما دفع الى البائع من الثمن ثم يرجع على من باعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع به على من باعه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به وانما قيد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل أنا عبد لا رجوع عليه بشئ كذا في فتح القدير وفي العتابية من فصل الاستحقاق ما يخالفه فلينظر ثمة (قوله بخلاف الرهن) أي لو قال ارتهني فانا عبد فظهر حرا لم يرجع عليه بشئ في الاحوال كلها وهو ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف أنه لا يرجع في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة أو بالكفالة ولم يوجدا والموجود هنا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال ذلك أجنبي وكما لو قال ارتهني فانا عبد ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كالمولى اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد أذنت له ففعلوا ثم ظهر أنه مستحق فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامنا للدرك ماذاب عليه دفعا للضرر عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة للاستيفاء فلا يجعل الآمر به ضامنا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة كما لو قال لسائل عن أمن الطريق اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله

وان قال عبد لمشتر اشترني فاني عبد واشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شئ على العبد والا رجع المشتري على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن

اه وذكر المؤلف في متفرقات القضاء من هذا الكتاب اعلم انهم اختلفوا في اشتراط كون الكلام من عند القاضي فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط ذكر القولين في البزازية ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني اه وسيأتي تمام الكلام هنالك (قوله وفي ظاهر الروايات لا ينفسخ مالم يفسخ) قال في الفتح ومعنى هذا ان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيه أيضا اذا استحق المشتري واراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك (قوله شهدا على رجل في يده جارية الخ) قال في النهر هذا يفيد ان القضاء بالولد محله ما اذا سكتا أما اذا بينا انه للمدعى عليه أو قالوا لا ندري لا يقضى به

فمات غيره انه يستحق العقوبة عند الله تعالى وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله لعدم اعتماده على قوله فلا يتحقق له الغرور وفي النهاية معزيا الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان وهذه المسئلة دليل على أن العبد اذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة وفي الخانية المغرور يرجع باحد أمرين اما بعقد المعاوضة أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والاجارة اذا هلكت الوديعة أو العين المستاجرة ثم جاء رجل واستحق العين وضمن المودع والمستاجر فان المودع والمستاجر يرجع على الدافع بما ضمن وكذا كل من كان بمعناهما وفي الاجارة والهبة لا يرجع على الدافع بما ضمن اه (تتمة) في الاستحقاق أقر المشتري بان المبيع ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له رجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذا لم يعلم عيبه ولا بسلامته ولو برهن المشتري على أنه ملك فلان لا تقبل لتناقضه بخلاف مالو برهن على اقرار البائع لعدمه وبخلاف مالو برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك أو انها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لان التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى ولو باع عقارا ثم برهن انه وقف لا تقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت أمة في يد المشتري انها معتقة لفلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان ولو اشترى شيأ ولم يقبضه حتى ادعى آخر انه له لا تسمع دعواه حتى يحضر البائع والمشتري لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه ياخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعه وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلك أو رده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه يحتاج الى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه وذكر رشيد الدين أن المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لانها انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في موضع آخر اختلاف المشايخ قال والاظهر والاقرب الى الصواب أنه يقضي بالاقرار وهو يناقض ماذكره في الاستحقاق الا أن يخص تلك بعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها ولو رد البائع الثمن بعد القضاء ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يامن غائلة الرد بالاستحقاق فابرأه المشتري من ضمان الاستحقاق لا أرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ماقاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني واذا أقر على

(قوله وهذه المسئلة دليل على ان العبد اذا كفل بثمن نفسه الخ) قال في النهر فان أريد بالعبد الذي ظهر انه حر فلا اشكال في صحة الكفالة حتى لو قال اشترني فانا عبد وقد ضمنت لك الثمن فظهر انه حر كان للمشتري الرجوع عليه بالثمن ولو كان البائع حاضرا وان أريد به الذي يظهر حريته وقد استحق من يد المشتري فسيأتي انه انما يطالب بالكفالة بعد العتق ولا كلام في الصحة

هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه باقراره أنه بائعه منه كذا في فتح القدير بتمامه وفي جامع الفصولين المشترى اذا زكى شهود المستحق قال أبو يوسف أسأل عن الشاهدين فان عدلا رجع المشترى بالثمن على بائعه والا يقتصر على المشهود عليه ولا يرجع بثمنه كالاقرار ثم لو ادعى المشترى استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه فلا بد أن يفسر الاستحقاق و يبين سببه فلو بينه فانكر بائعه البيع فبرهن عليه يقبل ويرجع بثمنه وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة وقيل لا وبه أفتى (ط) بل لو ذكر شبه العبد و صفته وقدر ثمنه كفى شراه عالما بانه ليس لبائعه ثم استحق رجع بثمنه للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه ولو شرى أرضا فبنى أو زرع أو غرس فاستحق يرجع المشترى بثمنه على بائعه و يسلم بناءه وزرعه وشجره اليه فيرجع بقيمتها مبنيا قائما يوم سلمها اليه فلو بنى المشترى بناء قيمته عشرة آلاف مثلا وسكن فيه زمانا حتى خلق البناء وتغير وانهدم بعضه ثم استحق يرجع على بائعه بقيمة البناء يوم تسليمه ولا ينظر الى ما كان أنفق وانما يرجع بقيمة ما يمكن نقضه و تسليمه الى البائع حتى لا يرجع بقيمة جص وطين ولو كان البائع غائبا والمستحق أخذ المشترى بهدم بنائه فقال المشترى غرنى بائعي وهو غائب قال أبو حنيفة لا يلتفت الى قول المشترى فيؤمر بهدمه وتدفع الدار الى المستحق فلو حضر البائع بعد هدمه لا يرجع المشترى على البائع بقيمة بنائه وانما يرجع عليه لو كان البناء قائما فسلمه اليه فهدمه وأخذ النقض وأما لو هدمه فلا شئ على البائع وهذا بخلاف ما مر في شجر وجص على البائع قيمة الشجر نابتا في الاستحقاق وللمشترى الرجوع على وكيل البائع بقيمة البناء قائما و بقيمة الولد للغرور وان عرف المشترى أن الدار لغير البائع ولم يدع البائع وكالة فبنى فاستحق لم يكن مغرورا ولو ادعى المشترى أن البناء له وقال البائع لى فالقول للبائع واذا رجع المشترى على بائعه الثمن وقيمة البناء قال أبو حنيفة لا يرجع البائع على بائعه الا بثمنه وعندهما يرجع بهما اهـ وتمامه فيه وفي البزازية من الاستحقاق ظهرت المشتراة حرة ومات البائع لا عن وارث وتركة وبائع البائع قائم نصب الحاكم عن البائع الثاني وصيا فيرجع المشترى عليه وهو يخاصم البائع الاول اهـ (قوله ومن ادعى حقا في دار) أى مجهولا (فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشئ) لجواز أن يكون دعواه فيما بقى وان قل فادام في يده شئ لم يرجع قيد باستحقاق بعضها لانها لو استحق كلها رجع بما دفع للتيقن بانه أخذ عوضا عما لا يملكه فيرده ودل وضع المسئلة على شيئين أحدهما أن الصلح عن المجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة الثاني أن صحة الصلح لا تتوقف على صحة الدعوى لصحته هنا دونها حتى لو برهن لم يقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه به قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما دام في يده ذلك المقدار وان بقى أقل منه رجع بحساب ما استحق وفي جامع الفصولين شراه فبنى فاستحق نصفه ورد المشترى ما بقى على البائع فله أن يرجع على بائعه بثمنه و بنصف قيمة البناء لانه مغرور في النصف ولو استحق نصفه المعين فلو كان البناء في ذلك النصف خاصة رجع بقيمة البناء أيضا ولو كان البناء في النصف الذى لم يستحق فله أن يرد البناء ولا يرجع بشئ من قيمة البناء ولو اشترى نصفه مشاعا فاستحق نصفه قبل القسمة فالمبيع نصفه الباقى ولو استحق بعد القسمة فالمبيع نصف الباقى وهو الربع سئل بعضهم عمن اشترى أرضا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحق الاشجار هل لها حصة من الثمن قال لا كما في ثوب قن وقنة و برذعة حمار فان ما يدخل تبعا لا حصة له من

ومن ادعى حقا في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها لم يرجع بشئ

الثمن الى آخره وثبت فى بعض النسخ كما شرح عليه العينى

﴿فصل فى بيع الفضولى﴾ ولم تكن ثابتة عند الزيلعى فتركه وهو نسبة الى الفضولى جمع الفضل أى الزيادة وفى المغرب وقد غلبت جمعه على مالا خير فيه حتى قيل

فضول بلا فضل وسن بلا سنا * وطول بلا طول وعرض بلا عرض

ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل و بفتح الفاء خطأ اه وقيل الفضولى من يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى كالاجنبى يزوج أو يبيع ولم يرد فى النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصارى والاعرابى كذا فى النهاية وفى فتح القدير غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يامر بالمعروف فضولى يخشى عليه الكفر اه (قوله ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه و يجيزه ان بقى العاقدان والمعقود عليه وله و به لو عرضا) يعنى أنه صحيح موقوف على الاجازة بالشرائط الاربعة وعند الشافعى لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية فيلغو لانها تثبت بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من اهله العاقل البالغ فى محله وهو المال المتقوم فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وحقوق العقد فانها لا ترجع الى المالك وفيه نفع العاقد بصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى لانه أقدم عليه طائعا ولولا النفع لما أقدم فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن فى التصرف النافع واستدل أصحابنا فى كتبهم بحديث عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى به أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبى صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال عليه السلام بارك الله لك فى صفقتك ورواه الترمذى عن عروة وحكيم بن حزام كما بينه فى النهاية وانما شرط قيام المبيع والمتعاقدين لان الاجازة تصرف فى العقد فلابد من قيامه وذلك بقيامها كما فى الانشاء وان كان الثمن عرضا أى مما يتعين بالتعيين فلابد من قيامه أيضا لكونه مبيعا وانما اشترط قيام المعقود له وهو المالك لان العقد توقف على اجازته فلا ينفذ باجازة غيره فلو مات المالك لم ينفذ باجازة الوارث بخلاف القسمة الموقوفة فانها تنفذ باجازة الوارث عند الثانى كذا فى البزازية ولو لم يعلم حال المبيع وقت الاجازة من بقاء وعدمه جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح ما لم يعلم قيامه عندها لان الشك وقع فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك وقيد بالبيع لان النكاح الموقوف لا يبطل بموت العاقد ولو تزوجت أمة بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث اذا لم يحل له وطؤها واذا أجاز المالك البيع وكان الثمن نقدا صار مملوكا له أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ولو لم يجز المالك وهلك الثمن فى يد الفضولى اختلف المشايخ فى رجوع المشترى عليه بمثله والاصح أن المشترى ان علم أنه فضولى وقت الاداء لا رجوع له والا رجع عليه كذا فى القنية وصرح الشارح بانه أمانة فى يده فلا ضمان عليه اذا هلك سواء هلك قبل الاجازة أو بعدها وان كان الثمن عرضا كان مملوكا للفضولى واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له و باجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لا فى

(فصل فى بيع الفضولى)
ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه ان بقى العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا

(فصل فى بيع الفضولى)
(قوله ثم رجع) أى أبو يوسف (قوله فانه ينفذ باجازة الوارث اذا لم يحل له وطؤها) أى بان كان الوارث ابن الميت وقد وطئها أبوه أو كانت أخته رضاعا أو ورثها جماعة قد أجازوا كلهم فلو بعضهم لم يجز أما لو ورثها من تحل له يبطل النكاح الموقوف كما مر فى باب نكاح العبد لانه طرأ حل بات على موقوف (قوله وصرح الشارح بانه أمانة فى يده) قال فى منح الغفار لكن ما صححه فى القنية اعتمده شيخ شيخنا عبد البر فى شرحه للنظم الوهبانى (قوله واجازة المالك اجازة نقد لا عقد) أى اجازة أن ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولى هداية

العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته ان كان قيميا لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه ولا يشترط قيام المبيع في مسئلة من مسائل الفضولي مذكورة في الخلاصة من اللقطة قال الملتقط اذا باع اللقطة بغير أمر القاضي ثم جاء صاحبها بعدما هلكت العين ان شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ اهـ وهكذا قالوا في الملتقط اذا تصدق فهلكت العين فأجاز المالك بعد الهلاك صحت وقيد بالمالك في قوله فللمالك أن يفسخه أو يجيزه لان للفضولي فسخه فقط حتى لو أجازه المالك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته وفي البزازية وللمشتري فسخ البيع قبل الاجازة تحرزا عن لزوم العقد بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي وفي النهاية أن الفضولي في النكاح يملك فسخه بالفعل بان زوج فضولي رجلا امرأة برضاها وقبل اجازته زوجه باختها وان ذلك يكون فسخا للنكاح الاول وفي فتاوى قاضيخان لا يكون فسخا ويتوقف الثاني أيضا ثم الاجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول فمن الاول تسليم المبيع اجازة وكذا أخذه الثمن ومن الثاني طلب الثمن وقوله أحسنت أو وفقت أو أصبت ليس باجازة وكذا كفيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا وفي المنتقى لو قال بئس ما صنعت كان اجازة كقبض الثمن ولو وهب المالك الثمن أو تصدق به على المشتري كان اجازة ان كان المبيع قائما والسكوت بعد العلم لا يكون اجازة ولو قال المالك أنا راض ما دمت حيا كان اجازة بالاول ولو قال امسكها ما دمت حيا لا لان الامساك لا يدل على الرضا وفي فروق الكرابيسي أسأت اجازة ولو قال لا أجيز يكون ردا للبيع بخلاف المستأجر اذا قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجازه جاز وفي نوادر هشام ولو قال أجزت ان باع بمائة درهم يجوز ان باع بأكثر وان باع بأقل لا يجوز ولو باع بألف دينار لا يجوز وانما ينظر الى النوع الذي وصفه كذا في البزازية وفيها واذا أجاز المالك بيع الفضولي صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن علم المالك بالثمن أو لم يعلم وأجاب صاحب الهداية أنه اذا علم بالحط بعد الاجازة فله الخيار ان شاء رضي به وان شاء فسخ اهـ وأشار المصنف باشتراط قيام المبيع أي باسمه وحاله الى أنه لو أجازه بعد صبغ الثوب المشتري فانه لا يجوز

(قوله ولا يشترط قيام المبيع في مسئلة الخ) قال الرملي هذه المسئلة خرجت عن ان تكون من مسائل الفضولي بل هي بيع المالك لانه بالضمان استند الملك ونفذ البيع من جهته كبيع الغاصب اذا ضمنه المالك كما هو ظاهر والمسئلة مذكورة في غالب كتب المذهب كالبزازية وغيرها والله تعالى أعلم ثم رأيت صاحب النهر تكلم بمثل ما تكلمته اهـ وعبارة النهر وليس هذا من اجازة بيع الفضولي في شئ بل انما نفذ بيعه لثبوت الملك للبائع باداء الضمان ضرورة فلا استثناء حينئذ فتدبره (قوله وفي البزازية وللمشتري فسخ البيع قبل الاجازة الخ) ان قلت يأباه ما سيأتي في المتن من ان المشتري اذا برهن على اقرار البائع أو رب العبد انه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل قلت لا تنافي بينهما لان ما سيأتي مفروض فيما اذا اختلف البائع والمشتري فادعى المشتري أن البيع بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك فيحمل ما في البزازية على ما اذا تصادقا على البيع بغير أمر المالك فاختلف الموضوع فافهم حاشية أبي السعود (قوله وكذا أخذه الثمن) قال الرملي لم أر في كلامهم حكم ما اذا قبض بعض الثمن هل يكون اجازة أم لا وينبغي أن يكون اجازة لدلالته على الرضا ولتصريحهم في نكاح الفضولي بان قبض بعض المهر يكون اجازة ولان الظاهر ان الالف واللام في الثمن لافادة الجنس لمحرره الغزي اهـ (قوله وأشار المؤلف باشتراط قيام المبيع الى قوله لو أجازه بعد صبغ الثوب المشتري فانه لا يجوز) كذا في البزازية وفي منح الغفار ما يخالفه فانه قال والمراد بكون المبيع قائما أن لا يكون متغيرا بحيث يعد شيأ آخر فانه لو باع ثوب غيره بغير أمره وصبغه المشتري فأجاز رب الثوب البيع جاز ولو قطعه وخاطه ثم أجاز البيع لا يجوز لانه صار شيأ آخر اهـ والمسئلة بهذا اللفظ دون التعليل في التتارخانية عن فتاوى أبي الليث

(قوله والصحيح انه اذا أضيف العقد فى أحد الكلامين الى فلان يتوقف الخ) ظاهره انه يتوقف وان أضيف فى الكلام الآخر الى الفضولى و يأتى قريبا ان أصح الروايتين فى هذه الصورة انه يبطل (قوله وفى فروق الكرابيسى شراء الفضولى على أربعة أوجه) قال فى البزازية قال بعت لفلان وقال المشترى اشتريت أوقبلت لفلان أولم يقل لفلان أوقال الفضولى بع لفلان فقال بعت وقال اشتريت لفلان توقف ولوقال بعت منك فقال الفضولى اشتريت أو قبلت ونوى بقلبه لفلان لايتوقف أوقال الفضولى اشتريت لفلان وقال البائع بعت منك الاصح عدم التوقف ولوقال بعت هذا منك لفلان فقال المشترى اشتريت أوقبلت أوقال المشترى اشتريت لاجل فلان وقال البائع بعت لايتوقف وينفذ اتفاقا ولوقال الفضولى اشتريت لفلان على انه بالخيار ثلاثا لايتوقف بخلاف شرائه لفلان بلاخيار اه من التاسع فى الوكالة بالشراء وفيه الفضولى وفى الخانية بعد قوله لايتوقف وانما يتوقف شراء الفضولى اذا اشترى بغير خيار (قوله بطل العقد فى أصح الروايتين) وعلى هذا فالاكتفاء بالاضافة فى أحد الكلامين بان لايضاف الى الآخر نهر أى الاكتفاء بالاضافة الى فلان على ما مر تصحيح مصور بان لايضاف الى المشترى بان يقول البائع بعت ولا يقول منك فاذا أضيف لايتوقف وان زاد على ذلك لفلان لايتوقف أيضا لكنه ينفذ كما قدمناه عن البزازية (قوله فيكون الشرط له مبطلا) قال فى النهر كان ينبغى أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره

ولوولدت الامة ثم أجاز المالك البيع يكون الولد مع الامة للمشترى ولوانهدم الدار ثم أجاز المالك البيع يصح لبقاء العرصة ولم يذكرا لمؤلف حكم تسليم المبيع من الفضولى فلوسلمه فهلك فللمالك أن يضمن أيهما شاء فايهما اختار ضمانه برئ الآخر لان فى التضمين تمليكا منه فاذا ملكه من أحدهما لايمكن تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشترى بطل البيع لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشترى على البائع بالثمن لابما ضمن وان اختار تضمين البائع ينظران كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه قدتم عقده وان كان قبضه أمانة فانما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد وقد ذكر محمد فى ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع ووجهه انه سلم أولا ثم صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب كذا فى البزازية وقيد بالبيع لانه اذا اشترى لغيره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذى اشتراه له أم لا وان لم يجد نفاذا يتوقف على اجازة من المشترى له كالصبى المحجور يشترى شيأ لغيره فيتوقف هذا اذا أضاف العقد الى نفسه أما اذا أضافه الى غيره بان يقول بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان يتوقف على اجازته وأما اذا قال اشتريت منك بكذا لاجل فلان فقال البائع بعت أوقال البائع بعت منك لفلان فانه يقع الشراء للمخاطب لا لفلان والصحيح انه اذا أضيف العقد فى أحد الكلامين الى فلان يتوقف على اجازة فلان ولواشترى عبدا وأشهد انه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشترى لانه اذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالاجازة بعد ذلك وهى تلحق العقد الموقوف لا النافذ فان دفع المشترى اليه العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطى بينهما ولوظن المشترى والمشترى له ان الملك وقع للمشترى له فسلمه له بعد قبض ثمنه لايسترد بلا رضا المشترى له ويجعل كانه ولاه وان علما ان الشراء وقع للمشترى بعده وان زعم المشترى له ان الشراء كان بامره ووقع الملك له والمشترى انه كان بلا أمره ووقع الشراء للمشترى فالقول للمشترى له لان الشراء باقراره وقع له كذا فى البزازية وفى فروق الكرابيسى شراء الفضولى على أربعة أوجه الاول أن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا والفضولى يقول اشتريت لفلان بكذا أوقبلت ولم يقل لفلان فهذا يتوقف الثانى أن يقول البائع بعت من فلان بكذا والمشترى يقول اشتريته لاجله أوقبلت يتوقف الثالث ان يقول البائع بعت هذا منك بكذا فقال اشتريت أوقبلت ونوى أن يكون لفلان فانه ينفذ على المشترى الرابع لوقال اشتريت لفلان بكذا والبائع يقول بعت منك بطل العقد فى أصح الروايتين والفرق انه خاطب المشترى والمشترى يسترد لغيره فلا يكون جوابا فكان شطر العقد بخلاف الفصلين الاولين اذ العقد أضيف الى فلان فى الكلامين وبخلاف الفصل الثالث لانه وجد نفاذا على العاقد وقد أضيف العقد اليه اه وأشار المؤلف بثبوت الفسخ والاجازة للمالك الى أن الفضولى لوشرط الخيار للمالك فان العقد يبطل ولا يتوقف لان الخيار له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا كذا فى فروق الكرابيسى وقيد ببيع ملك الغير لانه لو باع ملك نفسه مشغولا

بحق الغير كالرهن اذا باعه الراهن والعين المؤجرة اذا باعها المؤجر يتوقف العقد على اجازة المرتهن والمستأجر فيملكانها دون الفسخ على الصحيح كما سيأتي وفرق بينهما الكرابيسي فجعل للمرتهن الاجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه وارقابان المستأجر حقه في المنفعة ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفي الرهن يسقط وهو استيفاء حكمي وتفرع على الفرق مالو تعدد بيع المؤجر فاجاز المستأجر الثاني نفذ الاول ولو تعدد بيع الرهن فاجاز المرتهن الثاني نفذ لا الاول اه ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما في البدائع ولا بد أن يقول بغير اذنه ليكون فضوليا ولو تعدد تصرف الفضولي كامة باعها فضولي من رجل وزوجها منه آخر فاجيزا معا يثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجاها كل من رجل واجيزا بطلا ولو باعها كل من رجل فاجيزا تتنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجه فاجيز امعا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرضي لرجل واحد فاجاز المالك لم يجز لان

(قوله وفرق بينهما الكرابيسي الخ) جزم به في الخانية في فصل البيع الموقوف وفي الفتح وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر وفي المرتهن اختلاف المشايخ وذكر قبله ان للمشتري خيار الفسخ ان لم يعلم وقت البيع بالاجارة والرهن وان علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف لا وقيل هو ظاهر الرواية اه وفي تصحيح الشيخ قاسم ان المشايخ أخذوا بهذه الرواية اه لكن ذكر في جامع الفصولين ان الاول قول أبي حنيفة ومحمد وانه ظاهر الرواية وفي حاشيته للرملي عن الغزي انه هو الصحيح وعليه الفتوى كما في الولوالجية ونقل الرملي فيها عن منية المفتي انه الاصح وفيها عن الزيلعي ان المرتهن ليس له الفسخ في أصح الروايتين وفي جامع الفصولين عن الخانية لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الاجارة نفذ البيع السابق وكذا المرتهن اذا قضي دينه وفيه عن الذخيرة البيع بلا اذن المستأجر نفذ في حق البائع والمشتري لا في حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة الى التجديد وهو الصحيح ولو أجازه المستأجر نفذ في حق الكل ولا ينزع من يده ليصل اليه ماله اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الاجارة لا للانتزاع من يده وعن ٧ بعض بعضنا انه لو باع وسلم وأجازهما المستأجر بطل حق حبسه ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه (قوله الثاني) مفعول أجاز وهو صفة لمحذوف أي أجاز البيع الثاني (قوله ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان أولى) أي لاجل مالكه قال الرملي لم يذكر أحد من مشايخ المذهب الواضعين للمتون هذا القيد وأقول تركه متعين يدل عليه توقف بيع الغاصب كما صرحوا به من غير قيد وكما صرحوا به في الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد على الاجازة لا نقضه في ظاهر الرواية والظاهر ان ما قاله في البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية فتامل وارجع الى فروع ذكرت في المحلين المذكورين يظهر لك ما قلناه فتدبر ثم رأيت في شرح تنوير الابصار لمصنفه أقول يشكل على هذا أي على ما نقله شيخنا عن البدائع ما قالوه من ان المبيع اذا استحق لا ينفسخ العقد في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق وللمستحق اجازته ووجه الاشكال ان البائع باع لنفسه لا للمالك الذي هو المستحق مع انه توقف على الاجازة ويشكل عليه بيع الغاصب فانه يتوقف على الاجازة فالظاهر ضعف ما في البدائع فلا ينبغي أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اه وهو عين ما قلناه ثم قال في شرح قوله ووقف بيع الغاصب لكن ظاهر اطلاق المشايخ التوقف على الاجازة يشكل على ما قاله الا أن يحمل على ما ذكرنا اه والذي ذكره الحمل على انه باعه لمالكه ولا يخفى ما في هذا الحمل من البعد جدا فليتامل اه قلت ويظهر لي ان ما في البدائع لا اشكال وان ما فهمه المؤلف غير مراد البدائع وذلك ان قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه باعه من نفسه لانه يلزم أن يكون بائعا ومشتريا واللام فيه بمعنى من فانه قد يقال بعت له وبعت منه فاللام في عبارة البدائع ليست للتعليل حتى يكون احترازا عما لو باعه لمالكه فكان على المؤلف أن يقول ولو قال المصنف باع ملك غيره لغيره الخ ويؤيد ما قلناه انه في النهر قال كذلك ونصه ومن باع ملك غيره يعني لغيره أما اذا باع لنفسه لم ينعقد كذا في البدائع

فائدة البيع بثبوت الملك في الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم يلحقه اجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب كذا في فتح القدير من آخر الباب وأما وصية الفضولي كما اذا أوصى بالف من مال غيره أو بعين من ماله فأجاز المالك فهو مخير ان شاء سلمها وان شاء لم يسلم كالهبة كذا في القنية من الوصايا وبه علم حكم هبة الفضولي وسيأتي في الصلح بيان صلح الفضولي والظاهر من فروعهم ان كل ما صح التوكيل به فانه اذا باشره الفضولي يتوقف الا الشراء بشرطه السابق (قوله وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه) وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا لانه لم يملكه وفي الحديث لا عتق لابن آدم فيما لا يملك وهذا لان عقد الفضولي موقوف وهو لا يفيده لعدم النفاذ وثبوته عند الاجازة استنادا فهو ثابت من وجه زائل من وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق وهو الملك الكامل لاطلاقه في الحديث وهو للكامل ولذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لم يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب باداء الضمان ولا ينفذ بيع المشتري باجازة المالك الاول وكذا لو أعتقه المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم ينفذ البيع الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون دون عتقهما ولذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه ولو أعتقه ثم أدى الضمان لم ينفذ وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه ولهما أن الملك موقوف فيه فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه كاعتاق المشتري من الراهن يتوقف وينفذ باجازة المرتهن واعتاق المشتري من الوارث حال استغراق التركة بالدين فأجاز الغرماء البيع واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة به فقضى الدين أو ابرأ الغرماء فانه ينفذ وهذا لان العتق من حقوق الملك والشئ اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب نفسه لانه لم يوضع للملك وانما يملكه ضرورة أداء الضمان فلم يكن مثبتا له للحال ولا سببا له ولذا لا يتعدى الى الزوائد بخلاف الملك في بيع الفضولي فانه يتعدى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة وبخلاف ما اذا كان فيه خيار البائع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وهو مانع من انعقاده في الحكم أصلا فلم يوجد الملك فيه قيد بعتق المشتري لان عتق الغاصب لا ينفذ باداء الضمان لما بيناه وقيد باجازة بيعه لانه لا ينفذ باداء الضمان من الغاصب ولكن يرد عليه أن المشتري اذا أدى الضمان ينفذ على الصحيح لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء بخلاف الغاصب لانه سبب ضروري فكان الملك فيه ناقصا هكذا ذكر الشارح فقد فرق بين أداء الغاصب الضمان وبين أداء المشتري منه وصرح في الهداية بان عتق المشتري ينفذ باداء الضمان من الغاصب وهو الاصح فلا فرق بين أداء الضمان من الغاصب أو من المشتري منه وجرى على ذلك في البناية فلو قال المؤلف باجازة بيعه أو أداء الضمان لكان أولى وكذا لو قال وصح عتق مشتر من فضولي لكان أولى لانه لا يشترط أن يكون غاصبا لانه لو لم يسلم المبيع والحكم كذلك ولعله انما ذكره لاجل البيع لان بيع العبد قبل قبضه فاسد وفي فتح القدير وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال

ليخرج قبض الدين قال في جامع الفصولين وفي (فش) من قبض دين غيره بلا أمر ثم أجاز الطالب لم يجز قائما أو هالكا وقال في منح الغفار في شرح قوله كل تصرف صدر منه وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا من بيع أو نكاح أو طلاق أو هبة وكذا كل ما صح به التوكيل كما صرح به

وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه

الكمال في شرح الهداية حيث قال تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف مجيز أي من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج أو اسقاطا حتى لو طلق رجل امرأة غيره أو أعتق عبده فاجازه طلقت وعتق اهـ فتامل (قوله من الغاصب) متعلق بالمشتري (قوله لانه) أي الغصب (قوله لانه لا ينفذ باداء الضمان) أي باداء الغاصب الضمان (قوله لان ملك المشتري) يوهم انه علة للورود مع انه بيان للفرق

(قوله والا فقد كان فيه ملك بات) أي ان لم نقيد بهذا القيد يرد علينا انه كان في ذلك المحل الواحد ملك بات لمالكه وملك موقوف للمشتري (قوله ثم اعلم ان ظاهر قولهم) الى آخر ما ذكره من الايراد والجواب عن ذلك جميعه فيه تامل فقد قال في جامع الفصولين لو باعه المشتري من غاصب ثم وثم حتى تداولته الايدي فاجاز مالكه عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الاجازة فاذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة وقال قبله رامزا ولو فعله المشتري من الغاصب ثم أجاز مالكه بيع غاصبه لم يجز بيع المشتري وفاقا وأما عتقه فلم يجز قياسا وهو قول محمد وعندهما نفذ استحسانا وقال بعد هذا كله رامزا لو ضمن مالكه غاصبه

أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت لي أن العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وأقل ما هنا أن يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه اهـ وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات والموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف كذا في فتح القدير وقيد بالعتق لان في التفويض من الفضولي للمرأة اذا جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لم تطلق وانما ثبت التفويض الآن فان طلقت نفسها الآن طلقت والا فلا والاصل في تصرف الفضولي أن كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا أن نجعله سببا للحال متراخيا حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يتعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت حكم الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فاحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي متعلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سببا لمطلق الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له ثم اعلم أن ظاهر قولهم اذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله أن بيع المشتري من الغاصب ينعقد موقوفا وانما يبطل بطرو الملك البات باجازة بيع الغاصب وقد قال في النهاية انه لم ينعقد أصلا لتجرده عرضة للانفساخ وقد يقال فائدته لو أجاز المالك بيع المشتري من الغاصب لا بيع الغاصب ينبغي أن يصح بخلاف ما اذا أجاز بيع الغاصب وجوابه أن بيع المشتري لم ينعقد أصلا لما قدمناه عن البدائع أن الفضولي اذا باع ملك غيره لنفسه لم ينعقد وانما ينعقد اذا باعه لمالكه وهنا باعه المشتري لنفسه فالظاهر ما في النهاية ولذا قال في المعراج أن المشتري من الغاصب اذا باع لا يتوقف على اجازة ملكه لان فائدة التوقف النفاذ ففي كل صورة لا يتحقق النفاذ لا يتوقف كبيع الحر وأورد على الاصل ما اذا باع الغاصب ثم أدى الضمان فانه ينفذ بيعه مع أنه طرأ ملك بات وهو ملك الغاصب

نفذ البيع الاول وبطل بيع المشتري اذ ملك الاول بات وملك الثاني موقوف وقال بعضهم ينفذ الثاني والثالث لانه لما ضمن ملكه من وقت غصبه فكانه باع ملك نفسه ثم وثم فجاز الكل اهـ فتحرر ان بيع المشتري من الغاصب موقوف واذا أجازه المالك جاز خاصة فقوله ثم اعلم ان ظاهر قولهم الخ يدل على انه لم ير النقل الصريح وقوله وجوابه ان بيع المشتري لم ينعقد أصلا لما قدمناه يخالف ما علله به في النهاية والمعراج فتدبر ذلك غايته ان ما في النهاية والمعراج مخالف لما في جامع الفصولين وغيره من الكتب والله تعالى أعلم اهـ (قوله وقد يقال الخ) نقض لقوله لتجرده عرضة للانفساخ بانه ليس كذلك لامكان بقائه على الصحة (قوله لما قدمناه عن البدائع) قال الرملي قد كتبنا في الحاشية قريبا ما في ذلك من النظر اهـ أي من انه مخالف لتعليل النهاية والمعراج ومن ان ما في البدائع ضعيف كما مر بيانه (قوله وأورد على الاصل ما اذا باع الخ) قال في حاشية مسكين تعقبه شيخنا بانه غير وارد اذ قولهم ان الملك البات اذا طرأ على موقوف أبطله ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا طرأ لغير من باشر الموقوف كما في البزازية عن القاعدي ونصه الاصل ان من باشر عقدا في ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ على خلاف ما ذكرنا وطرو البات انما يبطل الموقوف اذا حدث لغير من باشر الموقوف كما اذا باع المالك ما باعه الفضولي من غير الفضولي ولو ممن اشترى من الفضولي

باداء الضمان على ملك المشتري الموقوف وأجيب بان ملك الغاصب ضروري ضرورة أداء الضمان فلم يظهر في ابطال ملك المشتري (قوله ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فارشه لمشتريه) لان الملك ثبت له من وقت الشراء لما قدمناه فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث في المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشتري وهذه حجة على محمد والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فاجاز البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق لافتقاره الى كمال الملك قيد بالمشتري لان يده لو قطعت عند الغاصب ثم ضمن قيمته لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك ولو أعتقه المشتري من الغاصب فقطعت يده ثم أجيز البيع فالارش للعبد كذا في فتح القدير وقطع اليد مثال والمراد أرش جراحته للمشتري (قوله وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو الذي كان في مقابلة الثمن ففيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك وأراد وجوب التصدق بالزائد كما هو ظاهر ما في فتح القدير وقيد بما زاد لانه لا يتصدق بالكل وان كان فيه شبهة عدم الملك لكونه مضمونا عليه بخلاف ما زاد ووزع في الكافي فقال ان لم يكن مقبوضا ففيما زاد ربح مالم يضمن وان كان مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك (قوله ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على اقرار البائع أو رب العبد على انه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل) أي بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وقوله بغير أمره زائد وان وقع في الجامع الصغير لانه ليس من صورة المسئلة ولا يشكل هذا بما ذكره في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري فدفع اليه ثم برهن على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن تقبل بينته لان العبد في يد المشتري هنا وهناك في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع هنا ورجع هناك وقيل اختلاف الجواب لاختلاف الوضع فوضوع ما ذكرهنا فيما اذا أقام البينة على ان البائع أقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون مناقضا وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا برهن ان البائع أقر بعد البيع انه للمستحق فلا تناقض وهذا هو الاوجه فان في مسئلة الزيادات العين في يد المشتري أيضا كما في غاية البيان وأشار المصنف رحمه الله تعالى بعدم قبول البينة الى عدم قبول قوله لو لم يكن له بينة فلو ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر متناقض وليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة واعترض في البناية قولهم انه متناقض فلا تسمع دعواه ولا بينته بان التوفيق ممكن لجواز أن يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع وهذا الموضع موضع تأمل اه قلت لا اعتراض ولا تامل لانه وان أمكن التوفيق لم تقبل لكونه ساعيا في نقض ما تم من جهته وكل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه فقولهم ان امكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما اذا لم يكن ساعيا في نقض ما تم من

جهته

ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز فارشه لمشتريه وتصدق بما زاد على نصف الثمن ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري على اقرار البائع أو رب العبد على انه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل

أما ان باعه من الفضولي فلا اه قلت وعلى هذا الاصل ففي مسئلة بيع المشتري من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشتري لان الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو واما بالنسبة الى المشتري فقد طرأ على ملك موقوف لغير من باشره لان المباشر للبيع الثاني الموقوف هو المشتري نعم لو أجاز عقد المشتري يكون طارئ البات لمن باشر الموقوف تامل

جهته والتقييد بدعوى المشتري مثال لان البائع لوادعى اقرار المشتري بان المالك لم يامره لم يقبل أيضا قال في الخلاصة والبزازية عبد معروف لرجل في يد آخر باعه رجل قال البائع بعت بلا أمر المالك وبرهن على اقرار المشتري انه باعه بغير أمر المالك لا يقبل للتناقض ولا يملك تحليف المالك وكذا لو ادعى المشتري أيضا فساد العقد دون البائع وأصله ان من سعى في نقض ماتم من جهته لا يقبل الا في موضعين اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى ان البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل الثاني وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب انه كان دبرها أو استولدها وبرهن تقبل ويستردها والعقر اهـ وعلله في الثانية بانه تناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى قال في فتح القدير وعندي ان هذا غير صحيح لانه انما قبل في الحرية للخفاء ولا خفاء في التدبير والاستيلاد لانه لا يخفى على الفاعل فعل نفسه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته اهـ والجواب انه انما قبل وان كان متناقضا حملا على انه فعل ذلك ثم ندم وتاب الى الله تعالى فاقر بتدبيره أو استيلادها أو عتقه فقبل حملا لخروجه عن المعصية بخلاف التناقض في دعوى الملك فانه غير مسموع وفي البزازية وقول المشتري بعد القبض أعتقه بائعه أو دبره أو كان حر الاصل مقتصر على نفسه لا يتعدى الى بائعه بلا بينة وولاؤه موقوف فان برهن رجع بالثمن واستقر الولاء على البائع وان برهن على تحريره ان أقر بالبيع قبله من فلان ان صدقه فلان أخذ العبد لان كذبه اهـ ومن فصل الاستحقاق لو أقر بعبد انه ملك البائع واشترى منه ثم استحق منه فانه يرجع بالثمن على البائع اهـ (قوله وان أقر البائع عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فيتفقان فينتقض في حقهما وهو المراد ببطلان البيع في عبارته لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان أمره واذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا أدى رجع به على البائع بناء على ابراء الوكيل ولو كان على العكس بان أنكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان برهن الوكيل لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا وان طلب المشتري تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صحيح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد انه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام البينة على اقرار المالك بانه لم يامره لم يقبل لما بيناه من التناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حياته أصيل فيه فيمتنع بالتناقض وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى حال حياته لا يكون مناقضا بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضا ولمشتريه أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أن المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا أقر المشتري بان العبد ملك الآمر

وان أقر البائع عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك

 (قوله وفي المعراج ان الهمزة فيه للسلب) قال في الفتح وجعل الهمزة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هنا لكن وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة تواته عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء اهـ (قوله أخذ عاجل بآجل) هذا ناظر الى جانب المسلم اليه فالمأخوذ الثمن ولذا عبر بالاخذ دون البيع وأما تعريفه بانه بيع آجل بعاجل فهو ناظر الى جانب رب السلم وكان الاولى ابدال البيع بالشراء وكلا التعريفين صحيح وبه يندفع التعقب على الاول ودعوى القلب

ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع

﴿باب السلم﴾

والتعريف هذا ما ظهر لي وهو الموافق لما رأيته في النهر كما سنذكره وهو ظاهر التعليل الذي سيذكره عند قول المتن وقبض رأس المال قبل الافتراق فانظره ثمة (قوله والظاهر ان قولهم أخذ عاجل بآجل من باب القلب والاصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في البناية من ان قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف الخ) كذا في بعض النسخ وفي بعضها

وان أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه في خصومته كيلا يصير البائع ساعيا في نقض ما تم من جهته وقوله عند القاضي ليس بقيد لما في البناية ان اقراره عند القاضي وغيره سواء الا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر قوله عند القاضي اهـ وقوله ان طلب المشتري ذلك أي ابطال البيع (قوله ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) يعني اذا أقر البائع بالغصب وأنكر المشتري لان اقراره لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا يعلم أن قوله وأدخلها المشتري في بنائه اتفاقي وانما ذكره ليعلم حكم غيره بالاولى وفي الهداية لم يضمن البائع عند أبي حنيفة لكن أقر بالغصب وهو قول أبي يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار وأراد بالدار العرصة بقرينة أدخلها في بنائه والله أعلم

﴿باب السلم﴾

لما كان من أنواع البيوع ولكن شرط فيه القبض كالصرف أخرهما وقدمه على الصرف لان الشرط في الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بالتدريج وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم اليه وهو في اللغة السلف قال في الصحاح أسلم الرجل في الطعام أسلف فيه وفي المصباح السلم في البيع مثل السلف وزنا ومعنى وأسلمت اليه بمعنى أسلفت أيضا اهـ وفي المعراج ان الهمزة فيه للسلب أي أزال سلامة الدراهم بتسليمها الى مفلس في مؤجل وفي الفقه على ما في السراج والعناية أخذ عاجل بآجل وتعقبه في فتح القدير بانه ليس بصحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرفه أيضا بانه بيع آجل بعاجل والظاهر ان قوله أخذ عاجل بآجل من باب القلب والاصل أخذ آجل بعاجل وهو أولى مما في البناية من أن قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف من الناسخ الجاهل فاستمر النقل على هذا التحريف وركنه ركن البيع من الايجاب والقبول وينعقد بلفظ البيع على الاصح اعتبارا للمعنى ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم اليه والحنطة مثلا المسلم فيه وستأتي شرائطه مفصلة أيضا وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة اما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى والمؤجل المطالبة بما في الذمة ودليله من الكتاب آية المداينة لما صححه الحاكم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال أشهد ان السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ومن السنة

والظاهر ان قولهم أخذ عاجل بآجل تحريف الخ قال في النهر لكن في الحواشي السعدية قال يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي اذ الاصل هو عدم التغيير الا أن يثبت بدليل اهـ أي لما في المغرب سلف في كذا وأسلف وأسلم اذا قدم الثمن فيه نقله عنه في النهر وقول النهر وجزم في البحر بان الاول تحريف وبعده لا يخفى ثم قال بعد كلام السعدية وبه اندفع ما في البحر من انه تحريف اهـ مبني على ما في بعض النسخ (قوله على انعقاد مبادلة أخرى) أي انه

يكون بيعا عند القبض وسيذكر توضيحه عند قول المتن ولو اشترى المسلم اليه كرا الخ (قوله ولا اعتبار بمن قال انه على وفقه) اى على وفق القياس (قوله ولا خير فى السلم فى الاوانى الخ) أى لايجوز بل نفى الخيرية أدل على نفى الجواز قاله بعض الشراح (قوله ورجح قول الاعمش فى فتح القدير الخ) اعترضه فى النهر بانه لا يتم الا بالتزام ان الاعمش قائل بانعقاد البيع بلفظ السلم والا فيجوز أن يكون قائلا بمقابل الاصح من انه لايجوز وحينئذ فلا يتم المطلوب واعترضه أيضا بان صاحب الثوب وان أعطاه له بدراهم مؤجلة لكن على انها مبيعة لا على انها ثمن ليلزم أن يكون من أفراد البيع وذكر باقى شروط السلم قرينة على ارادة هذا المعنى فتامل اه وأنت خبير بان كلا من الاعتراضين ساقط أما الاول فلان فرض المسئلة انه أسلم ثوبا مثلا فى دراهم وقد قال أبو بكر الاعمش انه ينعقد بيعا لا سلما فهذا صريح بانه يقول ان البيع ينعقد بلفظ السلم وقد ذكر فى النهر قبل هذا ان صاحب القنية لم يحك خلافا فى انعقاده بلفظ السلم وأما الثانى فلان صاحب الفتح معترف بان العقد عقد سلم ولكنه اختل بعض شروطه على انه سلم ووجد اللفظ الذى ينعقد به البيع فيصير العقد عقد بيع لان كلا من السلم والبيع يشتركان فى كونهما مبادلة مال بمال وقد قصده المتعاقدان ولا مانع شرعا من كون هذه المبادلة المقصودة اذا لم تصح على صفة خاصة قصدها المتعاقدان ان تصح على صفة أخرى كما اذا قصدا عقد الشركة على صفة كونها مفاوضة وفقد بعض شروطها فانها تصير شركة عنان وان لم يقصدا هذه الصفة ولذلك نظائر كثيرة كما لو وهب للفقير أو تصدق على غنى يكون الاول صدقة والثانى هبة وكما لو أقام غيره وصيا فى حياته أو وكيلا بعد

ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه ومالا فلا فيصح فى المكيل كالبر والشعير والموزون المثمن ويصح فى العددى المتقارب كالبيض والجوز

السنة ما رواه الستة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قدم النبى صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون فى التمر السنة والسنتين والثلاثة فقال من أسلم فى شئ فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وهو على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم ووجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة ولا اعتبار بمن قال انه على وفقه وقد أطال فى الرد عليه فى فتح القدير (قوله ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لانه لا يفضى الى المنازعة وفى القنية السلم فى العنب القلانى فى وقت كونه حصرما لايصح والسلم فى التفاح الشامى قبل الادراك يصح لانه يسمى تفاحا اه وفى فروق الكرابيسى بيع السلم يفارق بيع العين فى ستة أشياء خيار الرؤية وخيار الشرط ولو تفرقا يبطل وفى اضافة السلم الى الدراهم وجعل الحنطة رأس المال على المختار وفى الاجل (قوله ومالا فلا) أى ومالا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لايصح السلم فيه لانه يفضى الى المنازعة ثم شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله (فيصح فى المكيل كالبر والشعير والموزون المثمن كالعسل والزيت) وفى الفروق الاسلام فى الخبز وزنا يجوز اه وفى القنية برقم (مع عك) أسلم زبيبا فى كر حنطة لايجوز وبرقم (حم عك) يجوز فأبو الفضل يجعل الزبيب كيليا وهما جعلاه وزنيا والثوم والبصل يجوز السلم فيه وزنا لا عددا واللبن والعصير والخل يجوز كيلا أو وزنا ولا خير فى السلم فى الاوانى المتخذة من الزجاج وفى المكسور يجوز وزنا كذا فى البزازية وفى الظهيرية ويجوز السلم فى الدقيق كيلا ووزنا ولو أسلم فلوسا فى صفر أو سيفا فى حديد أو قصبا فى بوار لايجوز بخلاف ما لو أسلم قطنا فى ثوب حيث يجوز اه وفيها ولو أسلم فى اللبن كيلا أو وزنا جاز لانه ليس بمكيل ولا موزون نصا فيجوز كيفما كان وشرط فى الذخيرة رواج الفلوس أما اذا كانت كاسدة فانه لايجوز لانه اسلام موزون فى موزون وقيد المثمن احترازا عن الدراهم والدنانير فانها وان كانت موزونة لكنها ثمن فلا يجوز الاسلام فيها لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيها انعكس فاذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل اعتبارا للمعنى والاول أصح لانه لا يمكن تصحيحه فى غير ما أوجبا العقد فيه ورجح قول الاعمش فى فتح القدير بانه أدخل فى الفقه وهذا الخلاف فيما اذا أسلم فيهما غير الاثمان كالحنطة وأما اذا أسلم فيهما الاثمان لم يجز اجماعا ولو أسلم فى المكيل وزنا كما اذا أسلم فى البر والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا (قوله ويصح فى العددى المتقارب كالبيض والجوز) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم وما فيه من التفاوت مهدر عرفا ولا خلاف فى جوازه عددا انما

الخلاف فيه كيلا فعندنا يجوز كيلا ومنعه زفر كيلا وعنه منعه أيضا عددا للتفاوت وأجيب عنه وانما جاز كيلا لوجود الضبط فيه وقيد بالتقارب ومنه الكمثرى والمشمش والتين كما في فروق الكرابيسي لان العددي المتفاوت لا يجوز السلم فيه وما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل والدر والجواهر واللآلى والادم والجلود والخشب فلا يجوز السلم في شئ منها عددا للتفاوت الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول أو غلظ أو غير ذلك ومن المتفاوت الجوالق والفراء فلا يجوز الا بذكر مميزات وأجازوه في الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفي فتح القدير وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقالب خاص والا فلا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه بالاسلام بخلاف بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنجي لعدم اهدار التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضا في شرح الشافي فلو أسلم في بيض النعام أو في جوز الهند جاز كما جاز في الاخرين وعن أبي حنيفة انه منعه عددا في بيض النعام ادعاء للتفاوت في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره اه وفي المعراج والفاصل بين المتفاوت والمتقارب ان ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب و بالقيمة يكون متفاوتا وفي البزازية يجوز السلم في الاواني المتخذة من الخزف عددا ان نوعا يصير معلوما عند الناس و يجوز في الكيزان الخزفية اذا بين نوعا لا يتفاوت آحاده اه ولم يشترط المؤلف للجواز اعلام الصفة انه جيد أو وسط أو ردىء ومنهم من شرط اعلام الصفة كذا في الذخيرة وفيها عن أبي يوسف لو أسلم بيض الاوز في بيض الدجاج أو أسلم بيض النعام في بيض الدجاج جاز وان أسلم بيض الدجاج في بيض نعامة أو أسلم بيض الدجاج في بيض الاوزان كان في حين يقدر عليه جاز فان كان في حين لا يقدر عليه لا يجوز اه (قوله والفلس) لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل لا يصح عند محمد لانه ثمن ما دام بروج وظاهر الرواية عن الكل الجواز واذا بطلت ثمنيتها لا يخرج عن العد الى الوزن للعرف الآن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا أيضا كذا في فتح القدير (قوله واللبن) بكسر الباء وهو الطوب النيء وشرط في الخلاصة ذكر المكان الذي يعمل فيه اللبن وفي الذخيرة لو باع آجرة من ملبن لم تجز من غير اشارة لان اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الاول في السلم للحاجة واعتبر الثاني في البيع (قوله والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف الواحدة آجرة وهو معرب وهو اللبن اذا طبخ كذا في المصباح (قوله ان سمى ملبن معلوم) لان آحاده لا تتفاوت اذا عينت الآلة واذا لم تعين لا يجوز لافضائه الى المنازعة وفي المصباح اللبن بكسر الباء ما يعمل من الطين يبنى به الواحدة لبنة و يجوز التخفيف فيصير مثل حمل اه والملبن بكسر الباء قالب الطين والمحلب أيضا كذا في الصحاح والمراد الاول (قوله والذرعى) أي ويصح السلم في المذروعات لانه يمكن ضبطها بما ذكره وجوازه فيها بالاجماع كالثياب والبسط والحصر والبواري وانما جاز فيها مع انها لم تذكر في النص وهو مشروع على خلاف القياس في المكيل

والموزون

والفلس واللبن والآجر ان سمى ملبن معلوم والذرعى

وفائه يكون الاول وكيلا والثاني وصيا وكالو اشترى أمة تعدل ألف درهم مع طوق فضة قيمته ألف درهم ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الفضة سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنهما تحريا للجواز كما سيأتي في الصرف ولا يخفى ان تحري الجواز في مسئلتنا بالاولى لانه لم يصرح فيها بخلاف الجائز وان صرح فهي مثل مسئلة الصرف فتامل منصفا (قوله وشرط في الخلاصة ذكر المكان الخ) أقول عبارة الخلاصة هكذا ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا بين الملبن والمكان وذكر عددا معلوما والمكان قال بعضهم مكان الايفاء هذا قول أبي حنيفة وقال بعضهم المكان الذي يضرب فيه اللبن انتهت فكان ينبغي أن يذكر قول الامام ولا سيما مع احتمال أن يكون ذلك البعض من غير أهل المذهب (قوله والملبن بكسر الباء الخ) قال بعض

كالثوب اذا بين الذراع والصفة والصنعة لا في الحيوان ولا أطرافه كالرأس والاكارع والجلود عددا والحطب حزما والرطبة جرزا والجوهر والخرز

والموزون فلا يقاس عليهما للاجماع ودلالة النص لان سبب شرعيته الحاجة وهي لا تختلف (قوله كالثوب اذا بين الذراع) أي من أي جنس كذا ذكره العيني وفي فتح القدير أي قدره كذا كذا ذراعا وفي البزازية اذا أطلق ذكر الذراع في الثوب فله ذراع وسط وفي الذخيرة واختلف المشايخ في تفسير قول محمد ذراع وسط منهم من قال أراد به المصدر وهو فعل الذرع لا الاسم وهو الخشبة يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الارخاء وبعضهم قال أراد به الخشب والصحيح انه يحمل عليهما اذا شرط مطلقا فيكون له الوسط منهما نظرا للجانبين (قوله والصفة) أي قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير ونحو ذلك (قوله والصنعة) أي عمل الشام أو الروم أو زيد أو عمرو لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع ولم يذكر الوزن لانه ليس بشرط الا في الحرير اذا بيع وزنا لانه لا يعلم الا بالوزن وفي الظهيرية ولا يشترط ذكر الوزن في الكرباس واختلفوا في الحرير والصحيح اشتراطه ولو أسلم في ثوب الخز ان بين الطول والعرض والرقعة ولم يذكر الوزن جاز وان ذكر الوزن فقط لا يجوز ولو باع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا لانه لا يباع الا وزنا اه وفي البزازية أسلم قطنا هرويا في ثوب هروي جاز وان مسحا في شعر مسح ان كان المسح عاد شعرا لا يجوز والا يجوز ثم قال في نوع لو أسلم في ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فستأتي مسائله عند قوله ولا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه (قوله لا في الحيوان) أي لا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده لانه وان أمكن ضبط ظاهره لا يمكن ضبط باطنه وكذا استقراضه فاسد ولكنه مضمون بالقيمة مملوك بالقبض حتى لو كان عبدا فاعتقه يجوز لكونه مملوكا له ذكره الاسبيجابي وقدمناه قبيل الربا أطلقه فشمل الآدمي وغيره وقد صح انه عليه السلام نهى عن السلف في الحيوان رواه الحاكم وصححه فشمل العصافير وان لم يكن فيها تفاوت لان الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى وهو لم يفصل كذا في الكافي ولكنه يخرج عنه السمك الطري فان السلم فيه جائز كما سيأتي ولكن في فتح القدير ان شرطت حياته فلنا ان نمنع صحته (قوله ولا أطرافه كالرأس والاكارع) لفحش التفاوت وقيل عندهما يجوز والاكارع جمع كراع للشاة والبقر ويجمع على أكراع أيضا (قوله والجلود عددا) أي لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش الا أن يبين ضربا معلوما طولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فيجوز حينئذ عددا ووزنا (قوله والحطب حزما والرطبة جرزا) أي لا يجوز السلم فيهما للتفاوت الفاحش لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز ولو قدرالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب كذا في فتح القدير وفي الخلاصة ولا يجوز السلم في الحطب أوقارا والرطبة القضب خاصة مادام رطبا والجمع رطاب كذا في الصحاح وفي المصباح الجرزة القبضة من القت ونحوه والحزمة والجمع جرز مثل غرفة وغرف وأرض جرز بضمتين قد انقطع الماء عنها فهي يابسة لا نبات فيها اه وفي الذخيرة وأما الرياحين الرطبة والبقول والقصب والحشيش والخشب فهذه لم تكن مثلية فلا يجوز فيها ولا بأس بالسلم في الجذوع اذا بين ضربا معلوما والطول والعرض والغلظ وكذا الساج وصنوف العيدان وفي النهاية الرطبة الاسفست وهي التي تسميه أهل مصر برسيما وأهل البلاد الشمالية بنجا وفي الشامل لا خير في السلم في الرطبة ويجوز في القت لانه يباع وزنا (قوله والجوهر والخرز) لتفاوت آحاده الا صغارا للؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها وزنا لانها

له ضلا سبق قلم وليس في الصحاح وفي القاموس كمنبر اه وعبارة الصحاح او الملبن قالب اللبن والملبن المحلب (قوله للاجماع ودلالة النص) تعليل للجواز وما بعده تعليل لدلالة النص (قوله ويجوز في القت) قال في الصحاح القت الفصفصة والفصفصة بالكسر الرطبة أبو السعود عن شيخه وفي القاموس القت نم الحديث كالتقتيت والقتيتي والاسفت ويابسه

تباع به فامكن معرفة قدرها والخرز بالتحريك الذي ينظم الواحدة خرزة وخرزات الملك جواهر تاجه ويقال كان الملك اذا ملك عاما زيدت في تاجه خرزة ليعلم عدد سني ملكه كذا في الصحاح (قوله والمنقطع) أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لفوت شرطه وهو أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لم يجز لانه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم اليه فيحل الاجل وهو منقطع فيتضرر رب السلم وحد الانقطاع أن لا يوجد في الاسواق التي تباع فيها وان كان في البيوت ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وفي البناية معزيا الى مبسوط أبي اليسر ولو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد فيه لانه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وان كان يوجد بسجستان اه وفي البزازية انقطع المسلم فيه في أوانه يخير رب السلم وعن الامام انه ينفسخ اه وفيها استقرض فاكهة كيلا أو وزنا ثم انقطع يصبر الى أن تدخل الجديدة الا أن يتراضيا على قيمته كمن استقرض طعاما في بلد فيه الطعام رخيص ثم التقيا في بلد فيه الطعام غال ليس له الطلب بل يوثق المطلوب ليعطيه في تلك البلد اه (قوله ولا في السمك الطري) أي لا يجوز فيه لانه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في وقت لا ينقطع فيه جاز وزنا لا عددا والحاصل كما في شرح الطحاوي انه اما أن يكون طريا أو مالحا ولا يخلو اما أن يسلم عددا أو وزنا فان أسلم فيه عددا لم يجز مطلقا للتفاوت وان أسلم فيه وزنا فان كان مملوحا يجوز وان كان طريا فان كان العقد في حينه والحلول في حينه ولا ينقطع فيما بينهما جاز والا فلا (قوله وصح وزنا ولو مالحا) أي صح السلم في السمك بالوزن لو كان ملحا لا عددا لان الملح منه وهو القديد لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه بان يقول بوري أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها وفي الايضاح الصحيح ان في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو القديد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة والمالح هو الذي شق بطنه وجعل فيه الملح (قوله ولا يصح السلم في اللحم) أي عند أبي حنيفة وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وله أنه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره فيؤدي الى المنازعة وفي منزوع العظم روايتان والاصح عدمه ولذا أطلقه في الكتاب وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع أبي حنيفة فيما اذا أطلقا السلم في اللحم وقولهما فيما اذا بينا واذا حكم الحاكم بجوازه صح اتفاقا كذا في البزازية واللحم قيمي فيضمن بالقيمة اذا غصب كما في الجامع الكبير من باب الاستحقاق وعزاه في الصغرى الى وسط المنتقى وفي فروق الكرابيسي يضمن اللحم عند الاتلاف بالقيمة والخبز يضمن بالمثل ولو اشترى باللحم يثبت دينا في الذمة والخبز كذلك فالحاصل أن اللحم مع الخبز يستويان في ثبوتهما دينا في الذمة ويفترقان في الضمان فيضمن اللحم بالقيمة والخبز بالمثل والفرق ان كل واحد منهما وان كان غذاء لكن الخبز أبين غذاء وأحسن كفا فاظهرنا حكم التفرقة

والمنقطع ولا في السمك الطري وصح وزنا ولو مالحا ولا يصح السلم في اللحم

(قوله وله انه يختلف باختلاف كبر العظم وصغره) قال في الفتح وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثم ذكر للامام وجها آخر وهو انه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا قال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية أبي شجاع عنه قال المصنف وهو الاصح اه (قوله الى وسط المنتقى) الذي في الفتح وسط غصب المنتقى

(قوله ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض الخ) كذا في الهداية قال في النهر قال الشارح وهذا لا يستقيم في السلم الا اذا كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيفما كان وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره والتجويز في قرب الماء وانما يستقيم هذا في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط في ذلك الاناء أن لا ينكبس ولا ينبسط ويفيده استثناء قرب

الماء اه وعلى ما في الهداية جرى

في الضمان والتسوية في الدينية عملا بالشبهين اه وفي التتمة عن اختيار شيخ الاسلام على الاسبيجابي أن اللحم مضمون بالمثل وفي الظهيرية واقراض اللحم عندهما يجوز كما يجوز السلم وعن أبي حنيفة روايتان واللحم مضمون بالقيمة في ضمان العدوان اذا كان مطبوخا بالاجماع وان كان نيأ فكذلك وهو الصحيح وان اشترى شيأ بلحم في الذمة ذكر في الاجارات أنه اذا استأجر شيأ بلحم في الذمة جاز وما يصلح أجرة في الاجارة يصلح ثمنا في البيع اه (قوله وبمكيال أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يصح لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به حالا قيد بكونه لم يدر قدره لانهما لو كانا معلومي القدر جاز ويشترط أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع وأما الجراب والزنبيل فلا يجوز الكيل بهما وعن أبي يوسف الجواز بقرب الماء للتعامل وهو أن يشتري من سقاء كذا وكذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع وتقتضي القاعدة المذكورة أن لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها كذا في فتح القدير وفي القنية السلم في الماء مختلف فيه فان كان موضعا جرت العادة فيه بالسلم وذكر الشرائط صح اه (قوله وبر قرية أو تمر نخلة معينة) أي لا يجوز لاحتمال أن يعتريهما آفة فلا يقدر على التسليم واليه أشار صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت اذا منع الله ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه فان معناه أنه لا يستحق بهذا البيع شيأ ان لم يخرج ذلك البستان شيأ فكان في بيع ثمرة هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا أسلم في حنطة صعيدية أو شامية فان احتمال أن لا ينبت في الاقليم شيء برمته ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة ولذا قيد بالقرية احترازا عن الاقليم وتعيين البستان كتعيين النخلة هذا ولو كانت نسبة الثمرة الى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من أرضها بعينه كالخشراني ببخارى والبساخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا بأس به لانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء كذا في ديارنا في الصعيد وفي الخلاصة وغيرها لو أسلم في حنطة الهراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو أتى المسلم اليه بثوب هروي نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر أن المانع والمقتضي العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا كذا في فتح القدير ثم قال وفي شرح الطحاوي لو أسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط اه وفي الجوهرة ولو أسلم في حنطة جيدة أو في ذرة جديدة لم يجز لانه لا يدري أيكون في تلك السنة شيء أم لا اه وعلى هذا

الحدادي ولم يتعقبه في فتح القدير بل أقره وهذا لانه اذا أسلم في مقدار هذا الوعاء برا وقد عرف انه دويبة مثلا جاز غير انه اذا كان ينقبض وينبسط لا يجوز لانه يؤدي الى النزاع وقت التسليم في الكبس وعدمه وقول الشارح انه لا يتعين ممنوع نعم هو لا كه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد ولم أر من أوضح هذا فتدبره والله تعالى الموفق اه كلام النهر قلت منع عدم تعينه غير ظاهر وأي نزاع بعد معرفة مقداره ويمكن العدول الى ما عرف من مقداره فيسلمه به بلا منازعة كما اذا هلك وقد ظهر لي في الجواب عن الهداية ان ما ينقبض وينكبس بالكبس لا يتقدر بمقدار معين فتبقى المنازعة وعليه فيكون قوله واشترط الخ لبيان المراد من قوله لم يدر قدره لانه شيء زائد عليه تامل (قوله لانه لا يدري أيكون في تلك السنة شيء أم لا) قال في النهر التعليل بما في شرح الطحاوي أولى ومقتضى هذا انه لو عين جديد اقليم كجديدة من الصعيد مثلا أن يصح اذ لا يتوهم عدم طلوع شيء فيه أصلا اه يعني وهذا المقتضي غير مراد لما فاته للشرط المار وهو ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل

و بمكيال أو ذراع لم يدر قدره و بر قرية أو تمر نخلة معينة

فما يكتب في وثيقة السلم جيد بدعامه مفسد له ولكنه ينبغي حمله على ما اذا كان قبل وجود الجديد أما بعد وجوده فيصح كما يشير اليه ما في شرح الطحاوي وفي الخلاصة وكذا اذا أسلم على صوف غنم بعينها أو ألبانها وسمونها قبل حدوثها أو سمن حديث لانه لا يدرى بقاؤه (قوله وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله حنطة سقية جيدة عشرة اكرار الى شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء فهذه خمسة الاربعة الاول منها تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا يسلم فيها وفي المعراج انما يشترط بيان النوع في رأس المال اذا كان في البلد نقود مختلفة والا فلا يشترط اهـ وأما الاجل فيشترط في المسلم فيه خاصة فلا يصح السلم الحال عندنا لانه جوز رخصة للمفاليس دفعا لحاجاتهم فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وقوله حنطة بيان للجنس وقول من قال ان قوله صعيدية أو بحرية بيان للجنس غير صحيح وانما هو من بيان النوع وقوله سقية بيان للنوع أي مسقية وهي ما تسقى سيحا وكذا بخسية وهي ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا وفي الجوهرة فان أسلما حالا ثم أدخل الاجل قبل الافتراق وقبل استهلاك رأس المال جاز اهـ وفي الايضاح للكرماني من كتاب الصرف لو عقد السلم بلا أجل فهو فاسد فان جعلاه أجلا معلوما قبل أن يتفرقا جاز ان كانت الدراهم قائمة بعينها لان الدراهم فيه قائمة مقام المبيع فلا بد أن تكون بحيث يبتدأ فيها العقد فهذه تسعة شرائط والعاشر بيان قدر الاجل والحادي عشر بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة وهو خاص بالمسلم فيه وسيأتي والثاني عشر قبض رأس المال قبل الافتراق وسنذكره والثالث عشر أن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا لان انفراد أحدهما يحرم النساء والرابع عشر أن لا يكون فيه خيار شرط وفي البزازية ويبطله شرط الخيار فان أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يد المسلم اليه صح وان هالكا لا ينقلب صحيحا الخامس عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في النقدين وفي التبر روايتان وذكر في المعراج وفتح القدير من شرائط رأس المال كون الدراهم منتقدة عند أبي حنيفة مع اعلام القدر اهـ وليس المراد به تعجيل رأس المال لان صاحب المعراج ذكر شرط التعجيل والقبض وحده وذكر الانتقاد وحده شرطا وانما المراد به معرفة الجيد من الردي منه فلو لم ينقدها لم يصح ويشكل عليه قولهم في تعليل قول الامام أن الاشارة الى رأس المال لا تكفي لاحتمال أن يجد البعض زيوفا فيحتاج الى الرد ولا يتيسر الاستبدال الا بعد المجلس فان هذا يقتضي عدم اشتراط الانتقاد أولا فليتأمل السادس عشر وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل كما في المعراج وقد تقدم مفهومه بقوله والمنقطع والسابع عشر أن يكون مما يضبط بالوصف وهو أن يكون من الاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب وتقدم أول الباب وقد ذكره من الشرائط في المعراج الثامن عشر بيان قدر رأس المال في المثليات عنده كما سيأتي وفي الخانية ولا يبطل الاجل بموت رب السلم ويبطل بموت المسلم اليه حتى يؤخذ المسلم من تركته حالا (قوله وأقله شهر) أي أقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد رحمه الله تعالى لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل بدليل مسئلة اليمين حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه وقيل أقله ثلاثة أيام وقيل ما تراضيا عليه وقيل أكثر من نصف يوم وقيل المرجع العرف وما في الكتاب هو الاصح وبه يفتى وفي البناية وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة

وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل وأقله شهر

وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود ومكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء

والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه اهـ فقد اختلف التصحيح لكن المعتمد ما في الكتاب وفي فتح القدير بعد نقل تصحيح الشهيد وهو جدير بان لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل ذلك تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اهـ أقول هو جدير بان يصح ويعول عليه فقط لان من الاشياء ما لا يمكن تحصيله في شهر فيؤدي التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل وهو القدرة على تحصيله وفي القنية لقي رب السلم المسلم اليه بعد حلول الاجل في غير البلد الذي شرط الايفاء فيه فله مطالبته بالمسلم فيه ان كان قيمته في ذلك المكان مثل قيمته في المكان المشروط أو دونه لان شرط المكان حق رب السلم دفعا لمؤنة الحمل قال رضي الله تعالى عنه وأفتى بعض مفتي زماننا انه لا يتمكن من مطالبته لان تعيين المكان حق المسلم اليه دفعا لمؤنة الحمل وهذا الجواب أحب الي الا في موضع الضرورة وهو أن يقيم المسلم اليه في بلد آخر فيعجز رب السلم عن استيفاء حقه ثم قال هدانا الله الى الرواية المنصوصة (قوله وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي وشرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره عند الامام وقالا تكفي الاشارة اليه كالثمن والاجرة والمذروع لان الجهالة مع الاشارة لا تفضي الى المنازعة وله أنها قد تفضي اليها بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوما لشرعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم والاولى أن يعلل للامام بانه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب أن يكون معلوما وأما ما ذكروه فيندفع بما قدمناه من أن الانتقاد شرط عنده وقد قال بقول ابن عمر رضي الله عنهما وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد بقدره ولذا لو سمى عدد الذرعان فوجده المسلم اليه أنقص لا ينتقص من المسلم فيه شئ وانما يخير المسلم اليه ومن فروع المسئلة اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بان أسلم مائة درهم في كر حنطة وشعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بان أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لم يصح السلم فيهما لبطلان العقد في حصته ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت آحاده لتعلق العقد بمقداره (قوله ومكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء) أي وشرطه بيان مكان الايفاء في المسلم اليه اذا كان

(قوله أقول هو جدير بان يصح الخ) قال في منح الغفار كلام شيخنا هنا جدير بعدم القبول لانه انما يتجه لو كان الذي يقدره بالشهر يوجب التقدير به ويمنع التقدير بالزيادة وليس كذلك لانه اذا لم يحصل في مدة الشهر واتفقا على زيادة عليه جاز ولا مانع من ذلك أصلا فلا موقع لقوله فيؤدي التقدير به الى عدم حصول المقصود من الاجل الخ كما لا يخفى اهـ ورده في النهر أيضا حيث قال مدفوع بان الشهر أدناه لا انه أقصاه ليتم ما ادعاه اهـ قال الرملي بعد نقله الاول وفيه نظر لجعل الامكان علة لجوازه تأمل (قوله والاولى أن يعلل للامام الخ) سبقه الى هذا ابن الكمال حيث قال أولا بما ذكر ثم قال وأما ما قيل ربما يكون بعض رأس المال زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعرف قدره لا يدري كم بقي فيرد عليه ان ههنا شرطا آخر ذكره الزاهدي في شرح المختصر القدوري نقلا عن المحيط به يندفع هذا الاحتمال وهو ان يكون رأس المال منتقدا اهـ لكن يرد عليه انه لو لم ينتقدها لم يصح مع انه سيأتي عن البدائع انه لو وجدها زيوفا فرضي بها صح مطلقا بخلاف الستوقة فان لم يرض فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس صح وان بعده بطل عند الامام مطلقا الى آخر ما يأتي فانه يفيد ان الضرر من عدم التبديل في المجلس تأمل على ان الانتقاد قد يخطئ فيظهر بعض المنقود معيبا وأيضا فان رأس المال قد يكون مكيلا أو موزونا ويظهر بعضه معيبا ولذا قال بعض الفضلاء ان الاعتراض متوجه على من عبر بالزيوف وأما من عبر بالعيب فغير متوجه لشموله نحو البر اهـ وحاصله ان اشتراط كونه معلوما خاص فيما اذا كان من غير النقدين

له حمل ومؤنة أي اذا كان نقله يحتاج الى أجرة والحمل بالفتح الثقل قال في البناية يعنون به ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر وأجرة حمال والمؤنة الكلفة وقالا لا يحتاج الى تعيينه ويسلمه في موضع العقد لان مكانه مكان الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك وكبيع الحنطة بعينها وكالغصب والقرض وله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد للتسليم بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه واذا لم يتعين بقي مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة وصار كجهالة الصفة ولذا قال البعض ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل لا تحالف عنده فيه وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان قضية العقد قيد بالمسلم فيه لان مكان العقد يتعين لايفاء رأس مال السلم اتفاقا وعلى هذا الاختلاف الثمن اذا كان له حمل ومؤنة والاجرة كذلك والقسمة وصورتها اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما يتعين مكان العقد وقيل لا يشترط في الثمن عند الكل والصحيح أنه شرط اذا كان مؤجلا وعندهما يتعين مكان العقد وقيل في الاجرة يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة ثم ان عين مصرا جاز لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لعدم اختلاف القيمة ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما وان كان عظيما تبلغ نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحسانا لانه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في منزله ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الايفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون مفسدا وان شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز والحاصل أن اشتراط الايفاء في مكان مصحح وفي اشتراط الحمل الى مكان معين قولان واشتراط الحمل بعد الايفاء مفسد وعكسه لا كالايفاء بعد الايفاء وتمامه في الخلاصة وفي البزازية شرط حمله الى منزل رب السلم بعد الايفاء في المكان المشروط لا يصح لاجتماع الصفقتين الاجارة والتجارة وشرط الايفاء خاصة أو الحمل خاصة أو الايفاء بعد الحمل جائز لا شرط الايفاء بعد الايفاء على قول عامة المشايخ كشرطه أن يوفيه في محلة كذا ثم يوفيه في منزله ولو شرط الايفاء أو الحمل بعد الحمل لم يجز وفي بعض الفوائد شرط الحمل بعد الحمل يصح لان الحمل لا يوجب الملك لرب السلم فلما شرط الحمل ثانيا صار كشرطه مرة وكذا الايفاء بعد الحمل والايفاء بعد الايفاء ولما شرط ذلك صار الايفاء الاول منفسخا واذا شرط الايفاء في مدينة كذا فكل محلاتها سواء حتى لو أوفاه في محلة ليس له أن يطالبه في محلة أخرى اه وفي فتح القدير ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه واشترط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه الى مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه اليه في المكان المشروط لانه حقه اه وفي البدائع فان سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم أن يأبى فان أعطاه على ذلك أجرا لم يجز له أخذ الاجر عليه وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلمه في المكان المشروط بخلاف الشفيع اذا صولح عنها بمال لم يصح وسقط حقه لاعراضه عن الطلب كما لو أسقطه صريحا وحق رب السلم في التسليم في المكان المشروط لم يسقط بالاسقاط صريحا اه قيد بماله حمل لان ما لا حمل له كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان

(قوله وعلى هذا الاختلاف الثمن) أي ثمن المبيع في البيع (قوله ولو شرط الايفاء أو الحمل بعد الحمل لم يجز) قال بعض الفضلاء فيه مناقضة لقوله أو الايفاء بعد الحمل المتقدم وفي نسخة البزازية ولو شرط الحمل بعد الايفاء أو الحمل الخ وعليها فلا تناقض وفيه تكرار الا أن يحمل على التأكيد فتامل اه وكذلك رأيته في نسختي البزازية (قوله لم يجز) لان في أحد الجانبين زيادة وهي الحمل شرنبلالية عن المحيط

مكان الايفاء وقيده فى فتح القدير بان يكون قليلا والا فقد يسلم فى أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا ويسلمه فى المكان الذى أسلم فيه وكما قلنا يتعين مكان العقد فهو مقيد بما اذا كان مما يتأتى فيه التسليم والا بان أسلم اليه وهما فى مركب فى البحر أو جبل فانه يجب فى أقرب الاماكن التى يمكن فيها وهذا على رواية الجامع الصغير وذكر فى الاجارات أن ما لا حمل له يوفيه فى أى مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولو عين مكانا قيل لا يتعين وقيل يتعين وهو الاصح كذا فى فتح القدير وصحح فى المحيط أنه يتعين موضع العقد فيما لا حمل له لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن والكافور أكثر قيمة فى المصر لكثرة الرغبة فيه فى المصر وقلتها فى السواد اه (قوله وقبض رأس المال قبل الافتراق) أى وشرطه قبض رأس المال قبل أن يتفرقا لان السلم ينبئ عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما فى الحوالة والكفالة والصرف وظاهر كلامه أن القبض شرط انعقاده صحيحا كبقية الشروط وهو قول البعض والصحيح أنه شرط بقائه على الصحة فينعقد صحيحا بدونه ثم يفسد بالافتراق بلا قبض وسنأتى فائدة الاختلاف فى الصرف وأطلقه فشمل ما اذا كان رأس المال مما لا يتعين أو يتعين لما ذكرناه وفى الخلاصة ولو أبى المسلم اليه قبض رأس المال أجبر عليه اه وفى الواقعات باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة فان لم يضرب للثوب اجلا لا يجوز لان الثوب لا يجب فى الذمة الا سلما فالاجل شرط فلو ضرب الاجل جاز لوجود شرطه فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لان هذا العقد اعتبر سلما فى حق الثوب بيعا فى حق العبد ويجوز أن يعتبر فى عقد واحد حكم عقدين كما فى الهبة بشرط العوض وكما فى قول المولى لعبده اذا أديت الى ألفا فانت حر اعتبر فيه حكم اليمين وحكم المعاوضة اه وأشار المصنف رحمه الله الى أنه لا يدخله خيار الشرط لانه يمنع تمام القبض قالوا ولا يثبت فى المسلم فيه خيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب ويثبتان فى رأس المال اذا كان مما يتعين والا فخيار الرؤية لا يثبت فى النقود ودل قوله قبل الافتراق دون أن يقول فى المجلس على أن القبض فى المجلس ليس بشرط وفى البزازية وان مكثا الى الليل أو سافرا فرسخا أو أكثر ثم سلم جاز وان نام أحدهما أو ناما لم تكن فرقة ولو أسلم عشرة فى كر ولم تكن الدراهم عنده فدخل المنزل ليخرجه ان توارى عن المسلم اليه بطل وان بحيث يراه لا وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال السلم اه وفى البدائع ثم اذا جازت الحوالة والكفالة فان قبض المسلم اليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما اذا كانا فى المجلس سواء بقى الحويل أو الكفيل أو افترقا بعد ان كان العاقدان فى المجلس وان افترق العاقدان بانفسهما قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وان بقى المحال عليه والكفيل فى المجلس والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما وعلى هذا الكفالة والحوالة ببدل الصرف وأما الرهن برأس المال فان هلك الرهن فى المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما وان كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره ويبطل فى الباقى وان لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض وعليه رد الرهن على صاحبه وكذا الحكم فى بدل الصرف اه وفى ايضاح الكرمانى من الرهن ولو أخذ بالمسلم فيه رهنا وسلطه على البيع فباعه بجنس المسلم فيه أو بغير جنسه جاز اه وفى تلخيص الجامع من باب اقرار المريض لوارث آخر والدينين قضاء لا ولهما فلو أسلم ثم استقرض وقعت المقاصة وفى عكسه لا اه أى لا تقع المقاصة

وقبض رأس المال قبل الافتراق

(قوله وفى الواقعات باع عبدا بثوب الخ) كان الأولى تقديمه على عبارة الخلاصة لانه مقابل لما أفاده الاطلاق وفى فتح القدير وان كان عينا ففى القياس لا يشترط تعجيله وفى الاستحسان يشترط اه فهو مفرع على القياس وفى حاشية أبى السعود عن الحموى ما فى الواقعات مشكل ومقتضى جواب الاستحسان أن يبطل وما ادعاه يمكن اجراؤه فى كل عين جعلت رأس مال السلم

الا اذا تقاصا بدليل ماسنذكره عن البدائع ويتفرع على أن القبض شرط ما اذا قبض ثم انتقض القبض لمعنى أوجبه أنه يبطل السلم وبيانه أن رأس المال اما أن يكون عينا أو دينا وكل منهما اما أن يوجد مستحقا أو معيبا وكل اما أن يكون قبل الافتراق أو بعده كله أو بعضه وكذا بدل الصرف على هذه التفاصيل فان كان عينا فوجد مستحقا أو معيبا فان لم يجز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب بطل السلم بعد الافتراق أو قبله وان أجاز المستحق ورضي المسلم اليه بالعيب جاز مطلقا وله أن يرجع على الناقد بمثله ان كان مثليا أو بقيمته ان كان قيميا وان كان دينا فان وجده مستحقا وأجيز مضى السلم مطلقا ولا سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد بمثله وان لم يجز فاستبدل في المجلس صح وان بعده بطل وان وجده زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصا فان كانت زيوفا فرضي بها صح مطلقا بخلاف الستوقة لانها ليست من جنس حقه فان لم يرض فان كان قبل الافتراق واستبدل في المجلس صح وان بعده بطل عند الامام مطلقا سواء استبدلها في المجلس أولا هذا اذا وجدها زيوفا أو نبهرجة فان وجدها ستوقة أو رصاصا وان بعد الافتراق بطل سواء تجوز بها أولا وان استبدل في المجلس صح وتمام التفريعات في البدائع وفي الصغرى المسلم اليه اذا أتى بشيء من الدراهم وقال وجدته زيوفا فالقول له اهـ وفي الايضاح استحسن أبو حنيفة في اليسير فقال يردها ويستبدل في ذلك المجلس وفي تحديد الكثير روايتان مازاد على الثلث ومازاد على النصف اهـ وفيه لو وجد البعض نبهرجة أو مستحقة فاختلفا فقال رب السلم هو ثلث رأس المال وقال المسلم اليه نصفه فالقول قول رب السلم مع يمينه ولو كانت ستوقة أو رصاصا فاختلفا في مثل ذلك فالقول قول المسلم اليه وبيانه فيه اهـ (قوله فان أسلم مائتي درهم في كر برمائة دينا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل) أي في حصته لكونه دينا بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا في الكل ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح والتقييد بكونه أضاف العقد الى المائتين اتفاقي بل كذلك اذا أضافه الى مائتين مطلقا ثم جعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا اذ الدين لا يتعين باضافة العقد اليه وقيد بقوله دينا عليه لانه لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل في الكل وان نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد وهو مفسد مقارن فتعدى وقيد بكون الدين من جنس النقد لان الجنس لو اختلف بان كان له على آخر مائة درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير في اكرار معلومة لم يجز في الكل أما الدين فظاهر وأما عدم حصة العين فلجهالة ما يخصه وهذا عند الامام رحمه الله تعالى وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على مسئلة اعلام قدر رأس المال وقيد بكونه جعل الدين عليه رأس المال لانه لو لم يجعله وانما وقعت المقاصة بان وجب على المسلم اليه دين مثل رأس المال فلا يخلو اما أن يجب الدين الآخر بالعقد أو بالقبض فان كان الاول فاما بعقد سابق على السلم أو متأخر عنه فان كان الاول بان كان رب السلم باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى أسلم اليه عشرة دراهم في كر فان تراضيا بالمقاصة صار قصاصا وان أبى أحدهما لا يصير قصاصا استحسانا لان العقد موجب للقبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاصا تبين أنه انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد وان وجب بعقد متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا هذا اذا وجب الدين بالعقد فان وجب بالقبض كالغصب والقرض فانه يصير قصاصا جعلاه أولا بعد ان كان وجوب الدين متأخرا عن العقد هذا اذا تساوى الدينان فاما اذا تفاضلا بان كان أحدهما أفضل والآخر

فان أسلم مائتي درهم في كر برمائة دينا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل

(قوله وله أن يرجع على الناقد) أي على الدافع (قوله استبدلها في المجلس) قال الرملي أي مجلس الرد (قوله بل كذلك اذا أضافه الى مائتين مطلقا الخ) قال الرملي انظره مع ما يأتي قريبا من قوله وقيد بكونه جعل الدين عليه رأس مال لانه لو لم يجعله وانما وقعت المقاصة الخ والظاهر انه أي الذي يأتي مقابل الصحيح وهو من كلام البدائع تأمل اهـ قلت وفي المسئلة الآتية تفاصيل يمكن حمل ما هنا على بعض منها تأمل

أدون ورضى أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فإنه ينظر فإن أبى صاحب الأفضل لا يصير قصاصا لأن حقه فى الجودة معصوم محترم فلا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه وإن أبى صاحب الأدون يصير قصاصا لأنه لما رضى به صاحب الأفضل فقد أسقط حقه وكذلك المقاصة فى بدل الصرف على هذه التفاصيل كذا فى البدائع قال الأزهرى رحمه الله تعالى الكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف وفى الحسامى الكر اسم لأربعين قفيزا وهذا كله فى رأس المال أما المقاصة بالمسلم فيه فقال فى الإيضاح إن وجب على رب السلم دين مثل المسلم فيه بسبب متقدم على العقد أو بعده لم يصر قصاصا وإن وجب بقبض مضمون كالغصب والقرض صار قصاصا إن كان قبل العقد وإن كان بعده فجعله قصاصا جاز وإن كان وديعة عند رب السلم قبل العقد أو بعده فجعله المسلم إليه قصاصا لم يكن قصاصا إلا أن يكون بحضرتهما أو يخلى بينه وبينهما ولا يصير المغصوب قصاصا إلا إذا كان مثل المسلم فيه فإن كان أجود أو أردأ فلا بد من رضاهما اهـ (قوله ولا يصح التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لأن المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال مستحق القبض فى المجلس والتصرف فيه مفوت له فلم يجز ففى التولية تمليكه بعوض وفى الشركة تمليك بعضه بعوض فلم يجز وصورة الشركة فيه أن يقول رب السلم لآخر أعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم لك فيه وصورة التولية أن يقول لآخر أعطنى مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك كذا فى الإيضاح وإنما صرح بالتولية لرد قول من قال بجواز بيع المسلم فيه مرابحة وتولية وجزم به فى الحاوى فقال ولا بأس ببيع المسلم قبل قبضه مرابحة وتولية وهو قول ضعيف والمذهب منعهما وقد أشار إلى منع بيع السلم بالأولى سواء كان ممن عليه أو من غيره كما فى الحاوى فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح ولا يكون إقالة كذا فى القنية ولو وهبه منه قبل قبضه وقبل الهبة لم يصح وكان إقالة فوجب عليه رد رأس المال وكذا لو أبرأه كلا أو بعضا وفى التجنيس والواقعات رجل أسلم إلى رجل كر حنطة فقال رب السلم للمسلم إليه أبرأتك عن نصف السلم وقبل المسلم إليه وجب عليه رد نصف المال إليه لأن السلم نوع بيع وفى البيع من اشترى شيأ ثم قال المشترى للبائع قبل القبض وهبت منك نصفه فقبل البائع كانت إقالة فى النصف بنصف الثمن فكذا هذا إذ الحط بمنزلة الهبة اهـ وفى الفتاوى الصغرى إقالة بعض السلم وإبقاؤه فى البعض جائز وأما إقالة المسلم على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيدا فاتفقا على الردىء على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف فى رواية لكنه عند أبى يوسف يجوز لا بطريق الإقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اهـ وفى البدائع الإبراء عن رأس المال يتوقف على قبول رب السلم فإن قبل انفسخ العقد فيه بخلاف الإبراء عن المسلم فيه فإنه جائز بدون قبول المسلم إليه لأنه ليس فيه إسقاط شرط وبخلاف الإبراء عن ثمن المبيع فإنه صحيح بدون قبول المشترى لكنه يرتد بالرد ولا يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين وإسقاط العين لا يصح اهـ وظاهره يخالف ما قدمناه عن التجنيس فى الإبراء عن المسلم فيه وفى

(قوله الكر ستون قفيزا الخ) فيكون القفيز اثنى عشر صاعا ويكون الكر سبعمائة وعشرين صاعا وذلك أربع غرائر ونصف شامية تقريبا لأن نصف الصاع ربع مد شامى تقريبا (قوله بل بطريق الحط عن رأس المال) قال الرملى فيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال وتجوز الزيادة فيه والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق بخلاف الحط قال فى التتارخانية فى الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه باع دينارا بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبه وقبل الآخر فإن قبض الزيادة قبل أن يتفرقا جاز وإن تفرقا من غير قبض بطلت الزيادة وبطل البيع فى حصة الزيادة ولو حط

ولا يصح التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية

درهما من ثمن الدينار جاز سواء كان قبل التفرق أو بعده اهـ وقدمنا فى الحاشية عند قوله والزيادة فى المبيع أنه لا تجوز الزيادة فى المسلم فيه ويجوز الحط تأمل (فائدة) خمسة أشياء تجوز فى السلم الوكالة والحوالة والكفالة والإقالة والرهن وخمسة أشياء لا تجوز فى السلم الشركة والتولية وبيعه قبل القبض والاعتياض عن المسلم فيه والاعتياض عن رأس المال بعد الإقالة كذا فى خزانة أبى الليث (قوله فى الإبراء عن المسلم فيه) لعل الصواب عن المبيع لأن كلام البدائع موافق لكلام التجنيس فى جواز الإبراء عن المسلم فيه لأن الذى له المطالبة أما العين فلا يملكها إلا بالقبض كما مر أول الباب فلم يلزم إسقاط العين نعم يخالفه ظاهرا فى المبيع فإن كلام التجنيس صريح فى صحة هبته وفى

الظهيرية لو أن رب السلم وهب المسلم فيه للمسلم اليه كانت اقالة للسلم ولزمه رد رأس المال اذا قبل وفى المبسوط اذا أبرأ رب السلم المسلم اليه عن طعام السلم صح ابراؤه فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح مالم يقبل المسلم اليه واذا قبل كان فسخا لعقد السلم ولو أبرأ المسلم اليه رب السلم عن رأس المال وقبل الابراء بطل السلم وان رده لا والفرق بين رأس المال والمسلم فيه أن المسلم فيه لا يستحق قبضه فى المجلس بخلاف رأس المال اهـ وذكر فى الذخيرة قولين فى مسئلة الابراء عن بعض المسلم فيه هل هو اقالة فيرد ما قابله أو حط له فلا يرد وبه اندفع الاشكال وذكر القولين أيضا فيما اذا أبرأه عن الكل وقبل فقيل يرد رأس المال كله وقيل لا يرد شيأ اهـ ودل كلام المصنف رحمه الله تعالى على منع الاستبدال بهما أما الاستبدال برأس مال السلم فى مجلس العقد فهو غير جائز بان يأخذ برأس المال شيأ من غير جنسه لكونه يفوت القبض المشروط لان بدل الشئ غيره وكذا الاستبدال ببدل الصرف فان أعطاه من جنس رأس المال أجود أو أردأ ورضى المسلم اليه بالاردأ جاز لانه قبض جنس حقه وانما اختلف الوصف فان كان أجود فقد قضى حقه وأحسن فى القضاء وان كان أردأ فقد قضاه ناقصا فلا يكون استبدالا الا أنه لا يجبر على أخذ الاردأ ويجبر على أخذ الاجود لانه فى العادة لا يعد فضلا وانما هو احسان فى القضاء والايفاء وأما الاستبدال بالمسلم فيه بجنس الآخر فلا يجوز لكونه بيع المنقول قبل قبضه وان أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال كذا فى البدائع وفى البزازية أسلم فى ثوب وسط وجاء بالجيد فقال خذ هذا وزدنى درهما فعلى وجوه ان المسلم فيه كيلى أو وزنى أو ذرعى لا يخلو اما أن يكون فيه فضل أو نقصان وذلك فى القدر أو فى الصفة فان كيليا بان أسلم فى عشرة أقفزة فجاء باحد عشر فقال خذ هذا وزدنى درهما جاز لانه باع معلوما بمعلوم ولو جاء بتسعة وقال خذه وأرد عليك درهما جاز أيضا لانه اقالة البعض واقالة الكل تجوز فكذا اقالة البعض ولو جاء بالاجود أو الاردأ وقال خذ واعط درهما أو أرد عليك درهما لا يجوز عندهما خلافا للثانى وفى الثوب ان باع بذراع أزيد وقال زدنى درهما جاز لانه بيع ذراع يملك تسليمه بدرهم فاندفع بيعه مفردا وكذا لو زاد فى الوصف يجوز عندهم وان جاء بانقص ذراعا ورد لا يجوز عندهما لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لكون الذراع وصفا مجهول الحصة ولو جاء بانقص من حيث الوصف لا يجوز ولو باز يد وصفا يجوز لانه اقالة فيما لا يعلم وهذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة أما اذا بين جاز فى الكل بلا خلاف اهـ وقيد بقوله قبل القبض لان بيعه بعده على رأس المال ومرابحة ووضيعة وشركة جائز كذا فى البناية وفى القنية أسلم دينارا فى مائتى منّ من الزبيب فلما حل الاجل وعجز عن أدائه باع رب السلم من المسلم اليه مائة منّ من ذلك الزبيب الذى على المسلم اليه بدينار وقبض الدينار لا ينفسخ السلم فى حصة الدينار اهـ والحاصل أن التصرف المنفى فى الكتاب شامل للبيع والاستبدال والهبة والابراء الا أن فى الهبة والابراء يكون مجازا عن الاقالة فيرد رأس المال كلا أو بعضا ولا يشمل الاقالة فانها جائزة ولا التصرف فى الوصف من دفع الجيد مكان الردىء والعكس (قوله فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيأ برأس المال) يعنى قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبله فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها الا أنه لا يجب قبضه فى مجلسها كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعا من كل وجه ولهذا

فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيأ برأس المال

البدائع قال لا يجوز الابراء عنه لانه عين فليتامل (قوله وبه اندفع الاشكال) الظاهر انه أراد به المخالفة بين ما فى البدائع والتجنيس ولا يخفى عدم اندفاعه تامل

جاز ابراؤه عنه وان كان لايجوز قبلها وفى الايضاح للكرمانى أن الاقالة فيه بيع جديد فى حق ثالث وهو الشرع وفى البدائع قبض رأس المال انما هو شرط حال بقاء العقد فاما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط فى مجلس الاقالة بخلاف القبض فى مجلس العقد وقبض بدل الصرف فى مجلس الاقالة شرط لصحة الاقالة كقبضها فى مجلس العقد ووجه الفرق ان القبض فى مجلس العقد فى البدلين ماشرط لعينه وانما شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ولا حاجة الى التعيين فى مجلس الاقالة فى السلم لانه لايجوز استبداله فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف التصرف لان التعيين لايحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلابد من شرط القبض فى المجلس للتعيين اهـ وذكر الشارح من باب التحالف من كتاب الدعوى الاقالة فى السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا يرى انهما لو قالا انقضنا الاقالة لا تنتقض وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لايعود السلم والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة فى البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشترى اهـ ومن هنا يعلم ان فسخ الابراء لا يصح بالاولى وفى الذخيرة من باب السلم لو اختلفا فى رأس المال بعد الاقالة فالقول للمسلم اليه ولا يتحالفان وذكر ماذكره الشارح ثم قال لو تقايلا بعد ما سلم المسلم اليه المسلم فيه ثم اختلفا فى رأس المال تحالفا لان المسلم فيه عين قائمة وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصدا اهـ قيد بالسلم لان الصرف اذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه فى مجلس الاقالة بخلاف السلم وبيان الفرق فى الايضاح للكرمانى (قوله ولو اشترى المسلم اليه كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أن يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشترى منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين ولم يوجد فى الاولى وهى ما اذا أمر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه فلم يصح ووجد فى الثانية وهى ما اذا أمر رب السلم بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه بنفسه بالكيل ثانيا والاصل فيه انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه وأما فى صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة فى الصحيح والدليل على انه بيع عند القبض ما قال فى الزيادات لو أسلم مائة كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن كذا فى فتح القدير قيد بالشراء لان المسلم اليه لو ملك كرا بارث أو هبة أو وصية فاوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وقيد بالكر وهو ستون قفيزا أو أربعون على الخلاف لان المسلم اليه لو اشترى حنطة مجازفة فاوفاها رب السلم فاكتالها مرة جاز لما ذكرنا وأشار بالكر المكيل الى أنه لو أسلم فى موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لايجوز قبض رب السلم اذ لا فرق بين المكيل والموزون فى هذا الحكم وكذا المعدود اذا اشتراه بشرط العد فانه كالمكيل والموزون كما قدمناه وذكر فى البناية ان فى المعدود روايتين وانما فسرنا تكرار الامر فى كلام المصنف بتكرار الكيل لان الشرط أن يكيله مرتين وان لم

ولو اشترى المسلم اليه كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل

يتعدد الامر حتى لو قال اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا ولفظ الجامع يفيده فانه لم يزد على قوله فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه كذا فى فتح القدير وأما على قوله وصح لو قرضا فصورته استقرض منه كرا فاشترى المستقرض كرا فامر المقرض بقبضه قضاء لحقه وانما جاز بلا اعادة الكيل لان القرض اعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان فيكتفى بكيل واحد للمشترى فيقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة الكيل وأشار بقوله لم يصح الى انه لم يدخل فى ضمان رب السلم حتى لو هلك فى يده هلك من مال المسلم اليه كما فى البناية وللقرض صورة أخرى هى لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على انها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل القبض (قوله ولو أمر رب السلم أن يكيله فى ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) أى لو اشترى مكيلا معينا ودفع المشترى الى البائع ظرفا وأمره أن يكيله فى ظرفه ففعل البائع والمشترى غائب صح والفرق ان رب السلم حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه لم يصر قابضا بوزنه فيه وصح الامر فى البيع لمصادفته ملكه لكونه صار مالكا للعين بنفس العقد فصار البائع وكيلا عنه فى امساك الغرائر فصارت فى يد المشترى حكما وصار الواقع فيها واقعا فى يد المشترى وأشار المصنف بالفرق الى مسائل الاولى لو أمر المشترى البائع بطحن الطعام كان الطحين للمشترى ولو أمر رب السلم كان الطحين للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدال بالمسلم فيه قبل قبضه كذا فى فتح القدير الثانية لو أمره المشترى أن يصبه فى البحر ففعل هلك من مال المشترى وفى السلم يهلك من مال المسلم اليه وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها الثالثة يكتفى بكيل البائع فى الشراء على الصحيح بخلاف السلم قيدنا بكون الظرف للمشترى لانه لو كان للبائع فامره المشترى بالكيل فيه ففعل لم يصر قابضا لكون المشترى استعار ظرفه ولم يقبضها فلا يصير فى يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله فى ناحية من بيت البائع فان المشترى لا يكون قابضا فان البيت بنواحيه فى يد البائع وفى البدائع لو استعار المشترى من البائع غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل صار قابضا بالتخلية اجماعا ان كان المشترى حاضرا والا لا مالم يسلمها اليه عند محمد سواء كانت الغرائر بعينها أولا وقال أبو يوسف ان كانت بعينها صار قابضا والا لا اهـ وقيد بقوله وهو غائب لانه اذا كان حاضرا صار المسلم اليه قابضا سواء كانت الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة وبه صرح الفقيه أبو الليث كذا فى البناية والتقييد بظرف الآمر ليفهم منه حكم ما اذا كان أمره بكيله فى ظرف المسلم اليه بالاولى وقد سوى بينهما فى البدائع وأشار المؤلف بالفرق بينهما الى انه لو اجتمع الدين والعين بان اشترى كرا معينا وله على البائع كر دين والظرف للمشترى فامره أن يجعلهما فيه فان بدأ المأمور بوضع العين صار الآمر قابضا للعين والدين أما العين فلصحة القبض بصحة الآمر وأما الدين فلاتصاله بملكه لكون العين صارت فى يده حكما وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه صح الامر وصار المستقرض قابضا له وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار صح وصار قرضا وفى الايضاح وليس فيه

انه

ولو أمر رب السلم أن يكيله فى ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قبضا بخلاف المبيع

(قوله جاز له أن يتصرف فيها قبل القبض) صوابه قبل الكيل كما فى عبارة فتح القدير لان القرض لا يملك قبل القبض

انه اذا هلك قبل التسليم هل يصير قابضا أم لا قال وان جعلناه قابضا فالوجه فيه ان الخلط استهلاك وهو من أسباب التملك وان بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر به وأما العين فلانه خلطه بملك نفسه قبل التسليم بحيث لا يتميز فصار مستهلكا للبيع عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهة المشترى لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما المشترى بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما كذا فى الهداية وخصه قاضيخان بقول محمد أما عند أبى يوسف اذا بدأ بالدين يصير قابضا لهما جميعا كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه فى الصورتين اذ الخلط ليس باستهلاك وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين وأشار بقوله فى ظرفه الى انه لا طعام فيه فلو كان فى الظرف طعام لرب السلم قبل لا يصير قابضا لما قررنا ان أمره غير معتبر فى ملك الغير قال فى المبسوط والاصح عندى أنه يصير قابضا لان أمره بخلط طعام السلم بطعام على وجه لا يتميز به معتبر فيصير به قابضا كذا فى فتح القدير وأشار المصنف بمسئلة السلم الى مسئلة القرض قال فى البدائع وكذلك لو استقرض من رجل كرا ودفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لم يكن قابضا لان القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح الامر اه

(قوله ولو أسلم أمة فى كر وقبضت الامة فتقايلا وماتت أو ماتت قبل الاقالة بقى وصح وعليه قيمتها) أى بقى عقد الاقالة فيما اذا تقايلا وهى حية ثم ماتت وصح انشاء عقد الاقالة فيما اذا تقايلا بعد موتها ووجب على المسلم اليه قيمة الجارية فى المسئلتين يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية واذا انفسخ العقد وجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها كما لو تقايضا ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما أو هلك أحدهما بعد الاقالة وانما اعتبر يوم القبض لانه سبب الضمان كالغصب (قوله وعكسها شراؤها بالف) أى اذا ماتت الجارية المبيعة لم تصح الاقالة واذا تقايلا ثم ماتت بطلت الاقالة لان المعقود عليه الجارية فلابد من قيامها لصحة الاقالة وبقائها الى أن تقبض وقيد به لان الاقالة فى الصرف صحيحة بعد هلاك البدلين أو أحدهما باقية بعد الهلاك لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وهو غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض عين ولذا لو كان المقبوض قائما لم يتعين للرد بعد الاقالة وفى القنية تقايلا البيع فى العبد فابق من يد المشترى فان لم يقدر على تسليمه بطلت الاقالة والبيع بحاله اه والحاصل انه يشترط لصحة اقالة البيع قيام المبيع دون الثمن فلو تقايلا بعد هلاك الثمن ولو معينا صحت ولكن لابد من عدم الابراء عنه لما فى القنية أبرأ البائع المشترى عن الثمن بعد قبض المبيع ثم تقايلا لا تصح اه وقيد بهلاكها لانها لو قطعت يدها ثم تقايلا صحت ولزمه رد جميع الثمن ولا شئ للبائع من ارش اليد اذا علم وقت الاقالة انها قطعت يدها وأخذ المشترى ارشها وان لم يعلم يخير المشترى بين الاخذ بجميع الثمن أو الترك كذا فى القنية ثم رقم الاشجار لا تسلم للمشترى وللبائع أن يأخذ قيمتها منه لانها موجودة وقت البيع بخلاف الارش لانه لم يدخل فى البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا وقال قبله اشترى أرضا مع الزرع وأدرك الزرع فى يده ثم تقايلا لا تجوز الاقالة لان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة ولو حصد المشترى الزرع ثم تقايلا صحت الاقالة فى الارض بحصتها من الثمن ولو اشترى أرضا فيها أشجار فقطعها ثم تقايلا صحت الاقالة بجميع الثمن ولا شئ للبائع

ولو أسلم أمة فى كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الاقالة بقى وصح وعليه قيمتها وعكسها شراؤها بالف

من قيمة الاشجار وتسلم الاشجار للمشترى هذا اذا علم البائع بقطع الاشجار وأما اذا لم يعلم به وقت الاقالة يخير ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركه اه (قوله والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا للنافى الوصف والاجل) أى اذا اختلفا فى اشتراط وصف السلم بان قال أحدهما شرطناه رديئا وقال الآخر لم نشترط شيأ أو قال أحدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيأ كان القول لمن ادعى الاشتراط فيهما لا لمن نفاه فيهما لانه مدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فيشهد له الظاهر لان الفاسد حرام والظاهر ان المسلم لا يباشره أطلقه فشمل ما اذا كان رب السلم مدعى الوصف أو المسلم اليه وفى الاول خلافهما فالامام علل بانه مدعى الصحة وهما علا بان المسلم اليه منكر فالقول له وشمل أيضا ما اذا كان مدعى الاجل المسلم اليه أو رب السلم وفى الاول خلافهما لا انكاره واذا قبل فى الثانى قول رب السلم اتفاقا رجع اليه فى مقدار الاجل أيضا فيقبل قوله فى أصله ومقداره والاصل عند الامام ان القول لمدعى الصحة سواء كان الآخر متعنتا أولا وعندهما القول للمنكر ان لم يكن متعنتا وهو من أنكر ما ينفعه وغير المتعنت من أنكر ما يضره هذا فى الشريعة وأما المتعنت فى اللغة فهو من يطلب العنت وهو الوقوع فيما لا يستطيع الانسان الخروج عنه كذا فى البناية ولو قال المصنف والقول لمدعى الوصف الشامل للرداءة والجودة لكان أولى لان أحدهما لو قال شرطناه جيدا ونفى الآخر الاشتراط أصلا فالقول للمثبت قيد الاختلاف فى أصل التأجيل لانهما لو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع اليمين لانكاره الزيادة وأى برهن قبل وان برهنا قضى ببينة المطلوب لاثباتها الزيادة وان اختلفا فى مضيه فالقول للمطلوب لانكاره توجه المطالبة فان برهنا قضى ببينة المطلوب لاثباتها زيادة الاجل فالقول قوله أى المسلم اليه والبينة بينته أما اذا نظرنا الى الصورة فهو منكر وان نظرنا الى المعنى فمعناه ثبوت الحق فى الشهر المستقبل فاذا أقاما البينة فبينة المسلم اليه بمعناها أثبتنا حقا له فى شهر لم يتعرض ببينة رب السلم لذلك الشهر فكانت بينته أولى كذا فى ايضاح الكرمانى ثم اعلم ان بين الاجل والوصف فرقا وهو أن الاختلاف فى مقدار الاجل يعنى انه ماهو لا يوجب التحالف وفى الوصف يوجبه لكونه يجرى مجرى الاصل وفى الخلاصة اذا شرط فى السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضى يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفى فان قالا جيد أجبره على القبول فاذا اختلفا فى السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبى يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وأى برهن قبل فان برهنا قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبى يوسف ويقال هو قول أبى حنيفة والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا فى المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا فى المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر فى نصف كر أو فى شعير أو فى الحنطة الرديئة وأقاما البينة قضى ببينة رب السلم اجماعا وان اختلفا فى رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا فى المسلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر فى كر شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين فمحمد رحمه الله مر على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا فى رأس المال واختلفا فى المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الاختلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة

والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا للنافى الوصف والاجل

(قوله ولو قال المصنف والقول لمدعى الوصف الخ) قال فى النهر هذا أى قول المصنف والقول لمدعى الرداءة صادق بما اذا قال أحدهما شرطنا رديئا فقال الآخر لم نشرط شيأ وبما اذا ادعى الآخر اشتراط الجودة وقال الآخر انما شرطنا رديئة والمراد الاول ولذا أردفه بقوله لا للنافى الوصف والاجل ولافادة ان الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم نشرط شيأ فالحكم كذلك وبه اندفع ما فى البحر

دراهم فى كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر فى كر وأقاما البينة فعند أبى يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر فى كر وعقد بعشرة فى كرين ولو ادعى أحدهما ان رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكره هذا و ينبغى أن يقضى بسلمين كما فى التبيين كذا فى فتح القدير والحاصل انهما ان اختلفا فى الجنس والصفة أو المقدار تحالفا سواء كان فى رأس المال أو فى المسلم اليه وان اختلفا فى اشتراط الوصف أو الاجل فالقول لمثبته لا لنافيه وان اختلفا فى مقدار الاجل فالقول لرب السلم وان اختلفا فى مضيه فالقول للمسلم اليه وان اختلفا فى بيان مكان الايفاء فالقول للطلوب وفى اشتراطه فلمن أثبته وفى الظهيرية اذا اختلفا فى جنس المعقود عليه تحالفا وكذا فى الصفة بخلاف الاختلاف فى الصفة فى بيع العين ولو اختلفا فى مكان الايفاء فالقول للطلوب وان برهنا فللطالب عنده وعندهما يتحالفان و يترادان السلم وقيل على العكس اه وفى الصحاح ردأ الشئ بردأ رداءة فهو ردىء أى فاسد وأردأته أى أفسدته اه وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى أولا فى الدعوى التأجيل وفى النفى الاجل فظاهره أنه لا فرق بينهما عنده وليس كذلك لما فى القاموس الاجل غاية الوقت فى الموت وحلول الدين ومدة الشئ والجمع آجال والتأجيل تحديد الاجل اه والتحديد بمعنى التقدير وقدمنا انهما لو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب فتعين أن يكون التأجيل فى كلامه بمعنى الاجل مجازا بدليل الثانى (قوله وصح السلم والاستصناع فى نحو خف وطست) أما السلم فلامكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار فكان سلما باستجماع شرائطه وأما الاستصناع فالكلام فيه فى مواضع الاول فى معناه لغة فهو طلب الصنعة وفى القاموس الصناعة ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة اه فعلى هذا الاستصناع لغة طلب عمل الصانع وشرعا أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفار اصنع لى خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أى برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا وكذا و يعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيأ فيقبل الآخر منه الثانى فى دليله وهو الاجماع العملى وهو ثابت بالاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لكونه بيع المعدوم وتركناه للتعامل ولا تلزم المعاملة والمزارعة على قول أبى حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما فى الصدر الاول وهذا بالاتفاق فلهذا اقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط له قميصا بغزل نفسه وفى القنية دفع مصحفا الى مذهب ليذهبه بذهب من عنده وأراه الذهب أنموذجا من الاعشار والاخماس ورؤس الآى وأوائل السور فامره رب المصحف أن يذهبه كذلك باجرة معلومة لا يصح سئل عمر النسفى عمن دفع الى حائك غزلا لينسج له عمامة من سداه فجاء بها منسوجة فقال صاحب الغزل اشتريت منك ما فى هذا المنسوج من الابريسم بكذا وقال الآخر بعت هل يصح فقال يبيع ما صار على الآمر للمأمور من الابريسم السدا بالعقد الاول صار ملكا للآمر قال أبو الفضل الابريسم دين على الآمر وأجرة العمل عليه قال لنجار ابن لى بيتا فاذا بنيته يقومه المقومون فما يقولون أدفعه اليك فرضيا به وبناه وقومه رجل باتفاقهما وأبى الصانع فله أجر مثله وقال أبو حامد وجبير الوبرى هو بمنزلة المقوم لا الحكم فلا يلزمه تقويمه اه الثالث فى صفته فقد اختلفوا فى كونه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنشور مواعدة وانما ينعقد عند الفراغ بالتعاطى ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتى به و يرجع عنه والصحيح من المذهب

وصح السلم والاستصناع فى نحو خف وطست

(قوله فتعين أن يكون التاجيل فى كلامه بمعنى الاجل) أقول الظاهر تعين العكس ثم رأيت فى النهر لا نسلم انه يتعين ما ادعاه بل المناسب لوضع المسئلة ان يكون الاجل بمعنى التاجيل حتى لو اختلفا فى تحديده بان قال أحدهما أجلناه الى هبوب الريح وقال الآخر الى شهر فالقول لمدعى التحديد وأما ما ذكره فليس من المسئلة فى شئ فتدبره اه أرى لان الاجل بمعنى المدة والاختلاف فيها اختلاف فى مقدارها وذلك ليس موضوع مسئلة الكتاب وأما الاختلاف فى التاجيل فمعناه الاختلاف فى التقرير والتحديد والاختلاف فيه اختلاف فى أصل وجوده لا فى مقداره وفرق بين التقدير والمقدار ثم انما كان ما ذكره فى النهر من الاختلاف فى التاجيل لان التاجيل الى هبوب الريح فاسد بمنزلة العدم تامل (قوله وفى القنية دفع مصحفا الى قوله لم يصح) قال فى النهر وكانه لعدم التعامل

جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولان جوازه فيما فيه تعامل خاصة ولو كان مواعدة لجاز في الكل وسماه أيضا شراء فقال اذا رآه المستصنع فله الخيار لانه اشترى مالم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع كما في بيع المقايضة وحين لزم جوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيه المعدوم موجودا وهو كثير في الشرع كطهارة صاحب العذر وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم والرابع في المعقود عليه فاختلف فيه فالمذهب المرضي في الهداية انه العين دون العمل وقال البردعي المعقود عليه العمل دون العين لان الاستصناع ينبئ عنه والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل على المذهب ماذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم يره ولذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وانما يبطله بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع وانما لم يجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى لانه لا يمكنه الا باتلاف عين ماله والاجارة تفسخ بهذا العذر الخامس في حكمه وهو الجواز دون اللزوم لان جوازه للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لان العقد غير لازم وأما بعدما رآه فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لانه بالآخرة بائع له وتفرع على عدم لزومه ما في فتاوى قاضيخان من الدعوى رجل استصنع رجلا في شئ ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع لم تفعل ما أمرتك به وقال الصانع فعلت قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الآخر ولو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الي في كذا وأنكر المدعى عليه لا يحلف اهـ (قوله وله الخيار) أي للمستصنع الخيار (اذا رأى المصنوع) لما قدمناه انه اشترى مالم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم فيه في الذمة فيبقى فيها الى ان يقبضه قيد به لانه لا خيار للصانع لانه باع مالم يره وعن أبي حنيفة ان له الخيار لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم والصحيح الاول. (قوله وللصانع بيعه قبل أن يراه) أي المستصنع لانه لا يتعين الا باختياره قيد بقوله قبل أن يراه لانه اذا رآه ورضي به امتنع على الصانع بيعه لانه بالاحضار أسقط خياره ولزم (قوله ومؤجله سلم) أي اذا أجله المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لتعذر جعله استصناعا ويحمل الاجل فيما فيه تعامل على الاستعجال وله انه يحتمل السلم فحمل عليه وهو أولى لكونه ثابتا بالكتاب والسنة والاجماع مطلقا وأما الاستصناع فبالتعامل ومخصوص بما فيه تعامل ولان الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم وهو في السلم دونه والمراد بالاجل ما قدمه من أن أقله شهر فان لم يصلح كان استصناعا ان جرى فيه تعامل والا ففاسد ان ذكره على وجه الاستمهال فان كان للاستعجال بان قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا وفصل الهندواني فجعله من المستصنع استعجالا ومن الصانع تعجيلا ثم فائدة كونه سلما ان يشترط فيه شرائطه من القبض قبل الافتراق وعدم الخيار الى غير ذلك من الاحكام وفي الصحاح الطست الطس بلغة طئ أبدل من احدى السينين تاء للاستثقال فاذا جمعت أو صغرت رددت السين لانك فصلت بينهما بالف أو ياء قلت طساس وطسيس اهـ وفي المغرب الطست مؤنثة وهي أعجمية والطس تعريبها والجمع طساس وطسوس

وله الخيار اذا رأى المصنوع وللصانع بيعه قبل أن يراه ومؤجله سلم

(قوله لكن قبل التسليم لا عند التسليم) قال في الكفاية ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى من تركته ولو انعقد بيعا ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا ما رآه وتمامه فيه وفي نور العين في اصلاح جامع الفصولين نقلا عن فتاوى ظهير الدين وينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء متى سلم حتى لو مات الصانع قبل التسليم بطل ولا يستوفى المصنوع من تركته وينعقد بيعا عند التسليم حتى لو سلم يثبت خيار الرؤية ثم نقل بعده عبارة الذخيرة ثم قال فتبين ما في الكتابين تعارض ولعل الصواب هو الاول كما لا يخفى على من تأمل اهـ (قوله وفي المغرب الطشت مؤنثة الخ) قال الرملي قال

وقد يقال الطسوت ذكره فى الشين المعجمة والقمقمة بالضم معروفة وقال الاصمعى هو رومى والجمع قماقم كذا فى الصحاح اه والله أعلم

﴿باب المتفرقات﴾

هكذا فى نسخة الزيلعى وفى نسخة العينى مسائل متفرقة وعبر عنها فى الهداية بمسائل منثورة والمعنى واحد وحاصلها ان المسائل التى تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت بها أى متفرقة من أبواب أو منثورة عن أبوابها (قوله صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور) لما رواه أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه انه صلى الله عليه وسلم رخص فى ثمن كلب الصيد ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فصح بيعه كالبازى بدليل ان الشارع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا وهذا على القول المفتى به من طهارة عينه بخلاف الخنزير فانه نجس العين وأما على رواية انه نجس العين كالخنزير فقال فى فتح القدير ولو سلم نجاسة عينه فهى توجب حرمة أكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع بها مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التى هى فى ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص فى منع بيعها وهو الحديث ان الذى حرم شربها حرم بيعها اه وفى القنية اشترى ثورا أو فرسا من خزف لاستئناس الصبى لا يصح ولا يضمن متلفه (طب) صح ويضمن متلفه يجوز بيع خرء الحمام ان كان كثيرا وهبته أدنى القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز اه أطلقه فشمل المعلم وغيره العقور وغيره هكذا أطلق فى الاصل فمشى القدورى على هذا الاطلاق ونص فى نوادر هشام عن محمد فى جواز بيع العقور وتضمين من قتله قيمته وعن أبى يوسف منع بيع العقور وذلك فى المبسوط انه لا يجوز بيع الكلب العقور الذى لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول فى الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به انه يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازى يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال اه فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشراسته لا يقبل التعليم وفى بيع القرد روايتان وجه رواية الجواز وهو الاصح كما ذكره الشارح انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه اطلاق رواية بيع الكلب والسباع فانه مبنى على ان كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه وصحح فى البدائع عدم الجواز لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهى به وهو حرام اه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفأرة والهوام المؤذية فهى منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وكذا كل ما كان فى البحر الا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه كذا فى البدائع وفى القنية وبيع غير السمك من دواب البحر ان كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز والا فلا وجمل الماء قيل يجوز حيا لا ميتا والحسن أطلق الجواز وذكر أبو الليث يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها فى الادوية فان لم ينتفع بها لا يجوز ورده فى البدائع بانه غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين أما العذرة فلا ينتفع بها الا مخلوطة

﴿باب المتفرقات﴾

صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور

ابن كمال باشا فى رسالة المغرب ووهم فيه الامام المطرزى حيث قال الطست مؤنثة وهى أعجمية والطس تعريبها لان الطس مرخم من الطست كما ان الطش مرخم من الطشت وكذا الجوهرى أخطأ فى قوله ان الطست عربى أصله الطس بلغة طئ أبدل من احدى السينين تاء للاستثقال فاذا جمعت أو صغرت رددت السين لانك فصلت بينهما بالف أو ياء فقلت طساس وطسيس وتبعه صاحب القاموس حيث قال الطست الطس أبدل من احدى السينين تاء وصاحب المجمل أيضا غافل عن تعريبها حيث قال والطس لغة فى طست اه

﴿باب المتفرقات﴾

(قوله فيجوز السلم فى الخمر دون الخنزير) لان السلم فى الحيوان لا يجوز (قوله لان الكفار مخاطبون) قال فى متن المنار والكفار مخاطبون بالامر بالايمان وبالمشروع من العقوبات وبالمعاملات وبالشرائع فى حق المؤاخذة فى الآخرة بلا خلاف أى المشروعات كالصلاة والصوم وأما فى وجوب الاداء فى أحكام الدنيا فكذلك عند البعض والصحيح انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات اه قال المؤلف فى شرحه كالصلاة والصوم فلا يعاقبون على تركها ثم قال والراجح ما عليه الاكثر من العلماء على التكليف لموافقته لظاهر النصوص فليكن هو المعتمد اه (قوله فالمستثنى غير مختص بهما) قال فى النهر أقول

بالتراب فلا يجوز الا تبعا ويجمع الفهد على فهود وفهد الرجل اذا أشبه الفهد فى كثرة نومه وتمرده وفى الحديث ان دخل فهد وان خرج أسد والسبع واحد السباع كذا فى الصحاح وفى فتح القدير والانتفاع بالكلب للحراسة والاصطياد جائز اجماعا لكن لا ينبغى أن يتخذ فى داره الا ان خاف اللصوص أو عدوا وفى الحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وفى البدائع ويجوز بيع الفيل بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا (قوله والذمى كالمسلم فى بيع غير الخمر والخنزير) لانه مكلف محتاج فشرع فى حقهم أسباب المعاملات فكل ما جاز لنا من المبياعات من الصرف والسلم وغيرهما جاز له وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز له الا الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقدنا على العصير والشاة فيجوز له السلم فى الخمر دون الخنزير وفى البدائع لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فلانه مباح الانتفاع به شرعا لهم فكان مالا فى حقهم وعن البعض حرمتهما ثابتة على العموم فى حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بشرائع هى محرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون اه قيد بالخمر والخنزير لانا لا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وأما المخنقة والتى قد جرحت فى غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير قال فى الاصلاح فالمستثنى غير مختص بهما كما يفهم من الهداية اه وفى البزازية وبيع المجوسى ذبيحته أو ما هو ذبيحة عنده كالخنق من كافر جائز عند الثانى اه فظاهره انه غير جائز عند الاول والثالث وحينئذ فالمستثنى مختص بالخمر والخنزير لا كما زعم صاحب الاصلاح وفى البزازية أيضا بيع متروك التسمية عمدا من كافر يجوز اه وفى القنية من كتاب الشفعة تاخير اليهودى فى السبت لاشتغاله بالسبت مبطل للشفعة وفيها من الحدود ويمنع الذمى عما يمنع المسلم الا شرب الخمر فان غنوا وضربوا العيدان يمنعوا كالمسلمين لانه لم يستثن عنهم اه وفى ايضاح الكرمانى ولو باع ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض انتقض البيع والمراد بلفظة الانتقاض اثبات حق الفسخ لتعذر القبض بالاسلام فصار كما لو أبق المبيع فان صار خلا قبل القبض خير المشترى ان شاء نقض وان شاء أخذ فى قولهما وعند محمد العقد باطل وكذا المسلم اذا اشترى عصيرا فتخمر ولو قبض الخمر ثم أسلما أو أحدهما جاز البيع قبض الثمن أولا ولو اشترى الذمى عبدا مسلما جاز وأجبر على بيعه وكذا اذا اشترى مصحفا ولو اشترى كافر من كافر عبدا مسلما شراء فاسدا أجبر على رده ويجبر البائع على بيعه لان دفع الفساد

ولا هو مختص بهما كره لان الكافر لو اشترى مسلما أو مصحفا أو شقصا منهما يجبر على بيعه ولو كان المشترى صغيرا أجبر وليه ولو لم يكن له ولى

والذمى كالمسلم فى بيع غير الخمر والخنزير

أقام القاضى له وليا كذا فى السراج وينبغى ان عقد الصغير فى هذا لا يتوقف على الاجازة اه أى لعدم فائدته لانه اذا أجازه وليه يجبر على بيعه وقد يقال انه قد يسلم قبل اجبار وليه فيبقى على ملكه تامل وأقول أيضا قول المصنف والذمى كالمسلم ان كان المراد به التشبيه من حيث الحل والحرمة فما زاده مسلم وان كان من حيث الصحة والفساد فلا وهو الظاهر لموافقته للصحيح من مذهب أصحابنا كما مر فتدبر (قوله أو ماهو ذبح عنده) معطوف على قوله ذبيحته وقوله كالخنق تمثيل لما هو ذبح عنده وقوله من كافر متعلق ببيع الذى هو مبتدأ وقوله جائز خبر (قوله فظاهره انه غير جائز عند الاول والثالث) قال فى النهر ممنوع لجواز ان يكون نسبه اليه لانه هو المخرج له ولا قول لهما فيه وقد التزم مثله فى طلاق فتح القدير والمعنى يشهد له لان ما ذكر لا ينزل عن مرتبة الخنزير اذا ذبحه الذمى اه أقول تقدم التصريح بالخلاف فى البيع الفاسد عند قوله لم يجز بيع الميتة حيث قال المؤلف هناك عن التجنيس ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا وفى جامع الكرخى يجوز البيع بينهم عند أبى يوسف خلافا لمحمد

ولو قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن لك مائة سوى الالف فباع صح بالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده

واجب حقا للشرع فيجبر على الرد لعدم الفساد ثم يجبر البائع على بيعه وان أعتقه الذمى جاز وان دبره جاز ويسعى فى قيمته وكذا لو كانت أمة فاستولدها ويوجع الذمى ضربا لانه وطئ مسلمة وذلك حرام فان كاتبه جاز ولا يفترض عليه فان عجز أجبر على بيعه وكذا الذمى اذا ملك شقصا من مسلم فهو كالكل فاذا كان أحد المتعاقدين مسلما والآخر ذميا لم يجز بينهما الاما يجوز بين المسلمين ولو أقرض النصرانى نصرانيا خمرا ثم أسلم المقرض سقط الخمر لتعذر قبضها وصار كهلاكها مستندا الى معنى فيها وان أسلم المستقرض فعن أبى حنيفة سقوطها وعنه ان عليه قيمتها وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته اه ولم أر حكم وقف الكافر مصحفا (قوله ولو قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن لك مائة سوى الالف فباع صح بالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن) لانه فى الاول يصير التزاما للمال ابتداء وهو رشوة وفى الثانى يصير زيادة فى الثمن وهى جائزة من الاجنبى ولا رجوع له بها على المشترى ولا تظهر فى حق الشفيع والمرابحة ولا يحبس البائع المبيع عليها وانما يحبسه على ألف ويرابح عليها ويأخذ الشفيع بها ولو تقايلا البيع استردها الاجنبى وكذا ان ردت عليه بعيب بغير قضاء وبه لا يستردها لكونه فسخا اجماعا ولو ضمن الزيادة بامر المشترى صارت كزيادته بنفسه فتلتحق باصل العقد فتثبت الاحكام كلها الا أنه لا يطالب البائع بها وانما يطالب من زاد كانه وكيله ولو رد بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لكونه أخذها منه دون المشترى وذكر فى الكافى أن الشفيع يأخذها بالالف ومائة فجعلها ظاهرة فى حقه وانما ظهرت فى حقه مع ان زيادة المشترى لا تظهر فى حقه لانها فى العقد فصارت من الثمن بخلافها بعد العقد قيد بقوله سوى الالف لانه لو قال بعه بالف على انى ضامن لك مائة من الثمن صار كفيلا بمائة من الثمن ولا تثبت الزيادة فان أدى رجع به ان كان بامره والا فلا وقيد بكون الزيادة فى العقد لان الاجنبى اذا زاد بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشترى أو يعطى الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاد بامر المشترى جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشترى لكونه سفيرا ومعبرا لاحتياجه الى اضافته للمشترى فلا يلزمه الا بالضمان كالخلع والصلح وقوله بع عبدك كلام أجنبى لا تعلق له بالايجاب والقبول فلا حاجة الى قوله فى فتح القدير ان قوله بع عبدك أمر والامر لا يكون فى البيع ايجابا لان الامر المشار اليه انما يكون من المشترى والقائل هنا ليس هو المشترى ولذا قال المصنف فباع أى بايجاب وقبول (قوله ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده) لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا استحسانا لانه لم يتصل بها من المشترى فعل يوجب نقصا فى الذات وانما هو عيب من طريق الحكم ودلت وضع المسئلة على ان تزويج الامة قبل قبضها جائز بخلاف بيعها لان النكاح لا يبطل بالغرر والبيع يبطل به بدليل صحة تزويج العبد الآبق دون بيعه فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى والمختار قول أبى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضى الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع كذا فى فتح القدير وقيد بعقد النكاح لان العتق والتدبير قبض وان لم يكن فعلا حسيا لان العتق انهاء للملك والتدبير من فروعه وقدمنا فى أول البيوع قبيل خيار الشرط انه اذا أعتق ما فى بطن الجارية لا يصير قابضا لها وان المشترى اذا

(قوله ولم أر حكم وقف الكافر مصحفا) قال فى النهر بعد نقله عن السراج تعليل اجباره على بيع المصحف بانه يخاف منه اتلافه بما لا يحل أقول فى تعليله ايماء الى انه ليس قربة عندهم فلا يصح وقفه وهذا لان ما يتقرب بابقائه لا يخشى اتلافه بما لا يحل كحرق ونحوه (قوله لان النكاح لا يبطل بالغرر والبيع يبطل به) قال فى الفتح بعده وفى البيع قبل احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط فى البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى ان بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز اه

قال للغلام تعال معي كان قبضا وكذا اذا أمر البائع بطحن الحنطة فطحنها وان المشتري اذا وطئ الجارية صار قابضا لها ان حملت والا فللبائع حبسها فان منعها البائع فماتت ماتت من ماله ولا عقر عليه ولو أرسل العبد في حاجته صار قابضا كامره أن يؤجر نفسه وقوله للبائع احمل لي معك على الدابة فحمله الى آخر ما ذكرته هناك (قوله ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع والا بيع بدينه) لانها اذا كانت معروفة يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر مكانه أجابه القاضي ان برهن لان البينة هنا ليست للقضاء على الغائب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته واذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي أقر به ولا يقدر البائع أن يصل الى حقه كالراهن اذا مات مفلسا والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض وأراد المصنف بكون المشتري غاب قبل القبض أما اذا غاب بعده فان القاضي لا يجيبه لان حقه غير متعلق بماليته وانما جاز للقاضي بيع المنقول قبل قبضه لان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشئ قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا وأراد بالعبد المنقول عبدا كان أو غيره واحترز به عن العقار فلا يبيعه القاضي كما في النهاية وجامع الفصولين ولم يذكر المصنف انه يدفع الثمن الى البائع لان القاضي انما يدفع له بقدر ما باعه وان فضل شئ عن دينه أمسكه للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شئ يتبعه البائع اذا ظفر به وقيد بالمبيع لان القاضي اذا قضى بالبينة على انسان فغاب وله مال على الناس لا يدفع الى المقضي له حتى يحضر الغائب الا في نفقة المرأة والاولاد الصغار والوالدين كذا عن محمد ولو كذا لو مات وله ورثة غيب ومال في المصر عند المقرين به للمقضي عليه فالقاضي لا يدفع شيأ منه حتى تحضر ورثته أو يحضر المقضي عليه لو غائبا كذا في جامع الفصولين وأشار المصنف رحمه الله تعالى الى ان من استاجر ابلا الى مكة ذاهبا وجائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة في الذهاب حتى انفسخت الاجارة فاذا أتى مكة ورفع الامر الى القاضي فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الاجر الى المستاجر جاز وللمستاجر أن يركبها الى مكة ولا يضمن وعليه الكراء الى مكة والى ان المديون لو رهن وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الامر الى القاضي حتى يبيع الرهن بدينه فانه ينبغي أن يجوز كما في هاتين المسئلتين والمسئلتان في جامع الفصولين وفيه أيضا باع دابة ولم يوقف على المشتري فللحاكم أن ياذن له في بيعها فيأخذ ثمنه من ثمنه لو كان من جنسه ولو أذن له أن يؤجرها ويعلفها من أجرها جاز اه وبه علم ان في مسئلة الكتاب للقاضي أن يأذن للبائع في بيعها كما له أن يبيعها بنفسه أو أمينه وان له أن ياذن له في اجارتها لو كان لها أجر وظاهر كلامهم ان البائع لا يملك البيع بلا اذن القاضي فان باع كان فضوليا وان سلم كان متعديا والمشتري منه غاصب (فروع) متعلقة بالتصرف في مال الغائب منقولة من جامع الفصولين للقاضي ولاية ايداع مال غائب ومفقود وله اقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو

(قوله واحترز به عن العقار فلا يبيعه القاضي) قال في جامع الفصولين بعد هذا بنحو ورقة ونصف للقاضي ولاية بيع مال الغائب لو كان المديون غائبا لا يبيع القاضي عروضه بدينه عند أبي حنيفة وقالا يبيعها وأما العقار فلا يبيعه عند أبي حنيفة وكذا قولهما في الظاهر وعنهما ان له بيعه كعروضه وعلى

ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع والا بيع لدينه

هذا الخلاف بيع عروضه ونفقة امرأته وفي العقار عنهما روايتان ثم ذكر المسئلة الاخيرة الآتية في الفروع ثم قال له بيع منقول المفقود ولا ينبغي له أن يبيع عقاره ولو باع جاز ﴿فروع﴾ متعلقة بالتصرف في مال الغائب (قوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب) قال في النهر والذي ينبغي أن يقال ان خوف التلف يجوز للبيع علم مكانه أولا وقدمنا نحوه في خيار الشرط فارجع اليه اه وفي الولوالجية رجل اشترى لحما أو سمكا فذهب ليجيء بالثمن فابطأ فخاف البائع ان يفسد يسع للبائع أن يبيعه من غيره ويسع للمشتري أن يشتريه وان علم بالقضية أما البائع فلانه يكون راضيا بالانفساخ وأما المشتري فلانه لما جاز للبائع البيع حل للمشتري الشراء فان باع بزيادة يتصدق بها وان باع علم

علم اذ يمكنه البعث اليه اذا خاف التلف فيمكنه حفظ العين والمالية جميعا ولا يبيع القاضي الامة المغصوبة اذا غاب مالكها انما يبيع مال المفقود سئل نجم الدين عن أمير وهب أمة من خادمه فاخبرته انها التاجر قتل في عير فاخذت وتداولتها الايدي حتى وقعت بيد هذا الامير والموهوب له الآن لا يجد ورثة القتيل ويعلم انه لو خلاها ضاعت وان أمسكها يخاف الفتنة هل للقاضي بيعها من ذي اليد نيابة عن الغائب حتى لو ظهر المالك كان له على ذي اليد ثمنها قال نعم له ذلك القاضي لا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما وله أن يكاتبهما او يبيعهما الا يملك تزويج أمة الغائب وان لم يكن له مال للقاضي بيع قن المفقود وأمته لا لو كان غائبا غير مفقود وللقاضي ولاية بيع مال الغائب مات ولا يعلم له وارث فباع القاضي داره جاز ولو علم موضع الوارث جاز ويكون حفظا ألا ترى انه لو باع الآبق يجوز وتمامه فيه (قوله ولو غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وخالف أبو يوسف في الكل فهذه أحكام الاول في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله فعنده اذا نقد الثمن لا يأخذ الا نصيبه لكونه أجنبيا في نصيب الغائب وهما يقولان ان الحاضر مضطر الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفي كل الثمن فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من ماله قبل نقد بغيبته لانه لو كان حاضرا الا يقبضه اتفاقا ويكون متبرعا لانه كالوكيل عنه من وجه من حيث ان ملك الغائب ثبت بقبول الحاضر غير وكيل من وجه لان كلا منهما لا يطالب بنصيب الآخر فلشبهه بالاجنبي كان متبرعا في حضرته ولشبهه بالوكيل لم يكن متبرعا حال غيبته الثاني في حبسه عن الغائب حتى يعطيه ما دفعه عنه وهو فرع انه ليس بمتبرع عندهما الما قدمناه ودل ان له الرجوع عليه واستفيد من قوله للحاضر الدفع ان البائع يجبر على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب كما يجبر على تسليم نصيب الغائب فهذه خمسة أحكام على الخلاف وقيد بقوله أحد المشتريين لانه لو غاب أحد المستأجرين قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة (قوله ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه قال بعت بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الفضة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير فانه لا يحتاج الى بيان الفضة وينصرف الى الجياد وقيد بقوله بألف مثقال لانه لو باعها بألف من الذهب والفضة فانه يجب النصف من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم العشرة منها وزن سبعة مثاقيل لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد وأشار المؤلف الى انه لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وهكذا في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره في الموزون والمكيل والمعدود والمذروع وفي فتح القدير في الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود وزن سبعة ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن

ولو غاب أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه ومن باع أمة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان

بنقصان فالنقصان موضوع عن المشتري وهذا نوع استحسان (قوله اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة) قال في النهر وينبغي أن يقال الا أن يشترط تعجيل الاجرة

والذى ينبغى أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف ان عرف فان لم يعرف صرف الى الفضة لانه الاصل وأما قيمة كل درهم منها فقال فى البحر بعدما أعاد المسئلة فى الصرف قد وقع الاشتباه فى أنها خالصة أو مغشوشة

وان قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء

وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها يعنى به علامة عصره ناصر الدين اللقانى فافتى انه سمع ممن يوثق به ان الدرهم منها يساوى نصفا وثلاثة من الفلوس قال فليعول على ذلك مالم يوجد خلافه اه وقد اعتبر ذلك فى زماننا الان الادنى متيقن به وما زاد عليه فهو مشكوك فيه ولكن الاوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما فى جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد ولو ادعت مائة درهم وجب لها مائة وسط اه فينبغى أن يعول عليه اه ثم قال

سبعة فان ما دونه ثقل أو خفة يسمونه نصف فضة اه وعلى هذا اذا شرط بعض الواقفين بمصر للمستحق دراهم ولم يقيدها تنصرف الى الفلوس النحاس وأما اذا قيدها بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية تنصرف الى الفضة لما فى المغرب النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان اه وفى المصباح النقرة القطعة المذابة من الفضة وقبل الذوب هى تبر اه (قوله وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضاء) يعنى اذا كان له على آخر دراهم جياد فدفع له زيوفا فهلكت كان قضاء وبرئ ولا رجوع عليه بشئ أطلقه فشمل ما اذا علم بكونها زيوفا أما اذا لم يعلم وانما قيد بالتلف ليعلم حكم ما اذا أنفقها بالاولى وهذا عندهما وقال أبو يوسف اذا لم يعلم يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حقه فى الوصف كالقدر وقد تعذر الرجوع بصفة الجودة فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز بها فى الصرف والسلم لجاز ولو لم يكن من الجنس لكان استبدالا وهو حرام فلم يبق الا الجودة ولا قيمة لها وقد حصل الاستيفاء وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول أبى يوسف هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول أبى يوسف قيد بتلفها لانها لو كانت قائمة ردها وفى الجوهرة من كتاب الرهن اذا علم قبل أن ينفقها فطالبه بالجياد وأخذها كان الجياد أمانة فى يده مالم يرد الزيوف ويجدد القبض اه وفى الذخيرة لو كان له عليه جياد فقضاه زيوفا وقال أنفقها فان لم ترج فردها على ففعل فلم ترج فله أن يردها استحسانا فرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عينا فوجد بها عيبا فاراد ردها فقال له البائع بعه فان لم يشتره أحد فرده على فعرضه على البيع فلم يشتره أحد منه ليس له أن يرده والفرق ان المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه فاذا لم يتجوز بقى على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف فيه فهو فى الابتداء تصرف للدافع وفى الانتهاء لنفسه بخلاف التصرف فى العين لانها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره اه وقدمنا أن الزيوف كالجياد فى خمس مسائل كما فى الولوالجية وزدنا فى أول كتاب البيوع سادسا عند الكلام على الاثمان قيدنا الخلاف بعدم العلم لانه لو علم بها وأنفقها كان قضاء اتفاقا وقيد بالزيوف لانها لو كانت ستوقة أو نبهرجة فاتلفها فانه يرد مثلها ويرجع بالجياد اتفاقا وهما فرقا بان الزيوف من جنس حقه والستوقة والنبهرجة لا وفى المصباح زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار ردأت ثم وصف بالمصدر فقيل درهم زيف مثل فلس وفلوس وربما قيل زائف على الاصل ودراهم زيف مثل راكع وركع وزيفتها تزييفا أظهرت زيفها قال بعضهم الدراهم الزيوف هى المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت وكانت معروفة قبل زماننا وقدرها مثل سنج الميزان اه وفى الواقعات الحسامية من البيع تكلموا فى معرفة الزيوف والنبهرجة قال أبو النصر الزيوف دراهم مغشوشة أما النبهرجة التى تضرب فى غير دار السلطان والستوقة صفر مموه بالفضة وقال الفقيه أبو جعفر الزيوف ما زيفه بيت المال يقال فى عرفنا غطر يفى لا غير والنبهرجة ما لا يقبله التاجر اه وفى الجوهرة من الرهن من كان له على رجل درهم فاعطاه درهمين صغيرين وزنهما درهم جاز ويجبر على قبض ذلك ولو كان له دينار فاعطاه دينارين صغيرين وزنهما دينار فابى لم يجبر على ذلك اه وفى الواقعات الحسامية من كتاب الصلح وقال أبو

فى النهر بعد كلام طويل فعلى هذا فقيمة الدرهم فى الشيخونية والصرغتمشية ونحوهما نصفان وهذا النقل هو المعول عليه دون غيره والله تعالى أعلم (قوله وانما قيد بالتلف ليعلم حكم ما اذا أنفقها بالاولى) قال فى النهر فيه نظر

أبو يوسف اذا اقتضى دراهم فانفقها ثم ردت عليه بعيب الزيافة فان كان حين أنفقها يعلم انها زائفة فله أن يردها سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء فرق بين هذا وبين المبيع اذا قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده والفرق أن هناك الرد اذا كان بغير قضاء جعل عقدا جديدا فى حق الثالث وهو البائع أما هنا لا يمكن أن يجعل بيعا جديدا لانه لم يملك الرد على ماقدمناه وقال أبو يوسف من أقرض كر حنطة عفن وقبضها المستقرض واستهلكها ثم قضاه كر حنطة جيدة فان كان قال له الطالب لى عليك حنطة طيبة وصدقه المطلوب ثم قضاه ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفنا فللمستقرض أن يرجع فيما قضاه ويعطيه كراعفنا مثل القرض فان لم يكن الطالب قال له كرى جيد لكن المستقرض قضاه جيدا من غير شرط جاز وليس له أن يرجع قلت ويحتمل أن يكون جواب الوجه الاول قول أبى يوسف خاصة على ماقدمناه اهـ وفى الذخيرة من آخر كتاب الصرف قال أبو حنيفة لا بأس ببيع المغشوش اذا بين وكان ظاهرا يرى وهو قول أبى يوسف وقال فى رجل معه فضة نحاس لا يبيعها حتى يبين ولا بأس بان يشترى بستوقة اذا بين وأرى أن للسلطان أن يكسرها لعلها تقع فى أيدى من لا يبين وبشر فى الاملاء عن أبى يوسف أكره للرجل أن يعطى الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والبخارية وان بين ذلك وتجوز بها عند الآخذ من قبل ان انفاقها ضرر على العوام وما كان ضررا عاما فهو مكروه وليس بمعصية ورضا هذين الحاضرين خوفا من الوقوع فى أيدى المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذى لا يتحرج قال وكل شئ لا يجوز فانه ينبغى أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه اهـ (قوله وان أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبى فى أرض رجل فهو لمن أخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره أطلقه وهو مقيد بقيدين الاول ذكره الشارح أن لا تكون أرضه مهيئة لذلك وان كانت مهيئة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد ألا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع مانثر من الدراهم فى ثيابه بخلاف معسل النحل فى أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب فى العسل العشر اذا أخذ من أرض العشر الثانى فى الذخيرة من كتاب الصيد وهذا اذا كان صاحب الارض بعيدا من الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده وأما اذا كان صاحب الارض قريبا من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فالصيد لصاحب الارض لانه صار آخذا له تقديرا لتمكنه من الاخذ حقيقة ان لم يكن آخذا له بأرضه اهـ ومثله فى شرح الطحاوى وقوله تكنس ظبى أى دخل فى كناسه وهو بالكسر بيته وكنس الظبى كنوسا من باب نزل دخل كناسه كذا فى المصباح ولم يذكر تكنس وفى المغرب كنس الظبى دخل فى الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله ومنه الصيد اذا تكنس فى أرض رجل أى استتر ويروى تكسر وانكسر اهـ وفى فتح القدير وفى بعض النسخ تكسر أى وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض اهـ ثم قال ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ فى أرضه حظيرة فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له وكذا فى حفر الحفيرة ان حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت

وان أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبى فى أرض رجل فهو لمن أخذه

(قوله من باب طلب) قال الرملى صوابه من باب جلس (قوله ويحترز به عما لو كسره رجل) انما يتم الاحتراز اذا لم يكن للمطاوعة والا فهو من فعل غيره يقال كسرته بالتشديد فتكسر وكسرته بالتخفيف فانكسر أى قبل ذلك تامل

(قوله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه) الترجمة لشيئين الاول ما يبطل بالشرط الفاسد أى اذا ذكر فى العقد شرطا فاسدا لا يقتضيه العقد كبعتك العبد على أن يخدمنى شهرا مثلا فانه يبطل البيع والثانى ما لا يصح تعليقه بالشرط بان صدر العقد معلقا باداة الشرط كبعتك العبد ان قدم زيد ولم يقيد الشرط الثانى بكونه فاسدا كما قيده أولا بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد فافاد ان التعليق يبطل العقد سواء كان الشرط فاسدا أولا فلذا استثنى المؤلف بقوله الا فى صورة فان الشرط فيها غير فاسد لان شرط الخيار جائز ويمكن تقييد قول المصنف بالشرط بكونه فاسدا بقرينة تقييده به فى الذى قبله لان المعرفة اذا أعيدت معرفة كانت عين الاولى وحينئذ فلا حاجة الى الاستثناء لكن الشرط الثانى المراد به التعليق باداة الشرط لا نفس الشرط تامل ثم ان الذى استفيد من كلام المؤلف من الاصلين اللذين ذكرهما ان ما كان مبادلة مال بمال لا يصح بالشرط الفاسد وان ما كان من التمليكات لا يصح تعليقه بالشرط ومعلوم ان مبادلة

ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع

المال بالمال من جملة التمليكات فصار الحاصل ان ما كان مبادلة مال بمال لا تصح بالشرط الفاسد أخذا من الاصل الاول ولا يصح تعليقها باداة الشرط أخذا من الاصل الثانى ثم اعلم ان ماذكره الماتن بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد الخ يحتمل أن يكون قاعدة واحدة فيختص بما كان مبادلة مال بمال ويرد عليه ان بعض ماذكره من الفروع ليس مبادلة مال بمال كالرجعة والابراء وعزل الوكيل والاعتكاف والتبرعات ونحوها مما سيأتى ويحتمل أن يكون قاعدتين الاولى ما يبطل بالشرط الفاسد والثانية ما لا يصح تعليقه بالشرط فيكون قوله ولا يصح على تقدير ما الموصولة كما فى قوله تعالى وما أنزل الينا وأنزل اليكم أى وما أنزل اليكم فيكون قوله ولا يصح الخ معطوفا على قوله ما يبطل فيكون بعض ما ذكره من الفروع داخلا تحت القاعدتين معا وتحت واحدة منهما فما كان مبادلة مال بمال كالبيع والقسمة فهو داخل تحت القاعدتين (قوله فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد) الذى فى الزيلعى ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة فقول المؤلف هنا لا يصح تعليقه لا يلزم منه بطلان المعلق فالظاهر حذف لفظ تعليقه والاقتصار على قوله لا يصح بالشرط فيوافق عبارة الزيلعى ويدل عليه قوله فى مقابله فانه لا يبطل به وأيضا مبادلة المال بالمال من التمليكات فلو كان المراد

فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ اه وفى الذخيرة ان أغلق الباب على الصيد ولم يعلم به لم يصر آخذا ما لكاله حتى لو خرج الصيد بعد ذلك واخذه غيره ملكه وفى المنتقى رجل نصب حبالة فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها وانفلت فجاء آخر وأخذ الصيد فالصيد للآخذ ولو جاء صاحب الحبالة لياخذه فلما دنى منه بحيث يقدر على أخذه فاضطرب وانفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحبالة والفرق أن فيهما صاحب الحبالة وان صار آخذا له الا أنه فى الاول بطل الاخذ قبل تاكده وفى الثانى بطل بعد تاكده وكذا صيد البازى والكلب اذا انفلت فهو على هذا التفصيل وفى الاصل اذا رمى صيدا فصرعه فاشتد رجل وأخذه فهو لمن رماه لانه لما رماه صار آخذا له فصار ملكا ولو رمى صيدا فاصابه وأثخنه بحيث لا يستطيع براحا فرماه آخر فقتله فالصيد للاول وان كان يتحامل ويطير مع ما أصابه من السهم الاول فرماه الثانى فقتله فهو للثانى وفى الاصل أيضا لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله فى أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب لان الكلب انما أرسل للاخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده وكذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فادخله دار انسان فهو له لانه لما أخرجه واضطره فقد أخذه وعن أبى يوسف رجل اصطاد طائرا فى دار رجل فان اتفقا على أنه على أصل الاباحة فهو للصائد سواء كان اصطاده من الهواء أو على الشجر لان الصيد انما يملك بالاستيلاء والاحراز وحصوله على حائط رجل أو شجرة ليس باحراز فيكون للآخذ وان اختلفا فقال رب الدار كنت اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فان كان أخذه من الهواء فهو له لانه لا يد لصاحب الدار على الهواء وان أخذه من حائطه أو شجره فالقول لصاحب الدار لاخذه من محل هو فى يده فان اختلفا فى أخذه من الهواء أو من الدار أو الشجرة فالقول لصاحب الدار لان الظاهر ان ما فى دار الانسان يكون له اه (قوله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع) فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا أو دارا على أن يسكنها البائع شهرا فالبيع باطل أى فاسد كما تقدم فى بابه والاصل أن ما كان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات فانه لا يبطل به لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من غير المالية

والتبرعات فيبطل الشرط فقط وأصل آخر أن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات ويجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض كالطلاق والعتاق وكذا ما كان من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات أطلق في عدم صحة تعليقه بالشرط وهو محمول على ما اذا علقه بكلمة ان بان قال بعتك هذا ان كان كذا فيفسد البيع مطلقا ضارا كان أو نافعا الا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار الى أجنبي وهو جائز وفي جامع الفصولين ولو قال بعته بكذا ان رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك بكذا ان شئت فقال قبلت تم البيع اهـ وان كان الشرط بكلمة على فقد قدمنا أنه ان كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل فيه كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد و يصح الشرط وكذا اذا اشترى نعلا على أن يحذوها البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرت العادة به فان كان فيه منفعة لاهل الاستحقاق فسد والا فلا وفي جامع الفصولين وتعليق القبول في البيع بعدما أوجب الآخر هل يصح ذكر أنه لو قال ان أديت ثمن هذا فقد بعت منك صح البيع استحسانا ان دفع الثمن اليه وقيل هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز اهـ (قوله والقسمة) بان كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين على أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهي فاسدة وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضا فلان فسدت أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فهي كالبيع كذا ذكر العيني مع أن البيع يصح تعليقه برضا فلان و يكون شرط خيار اذا وقته ولكن شرط الخيار هل يدخلها قال في الولوالجية من القسمة وأما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهو القسمة في الاجناس المختلفة وأما في كل قسمة يجبر الآبي عليها كالقسمة في ذوات الامثال في الجنس الواحد فانه لا يثبت اهـ ومن صور فسادها بالشرط ما اذا اقتسم الشريكان على أن لاحدهما الصامت وللآخر العروض وقماش الحانوت والديون التي على الناس على أنه ان توى عليه شئ من الديون يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة وعلى الذي أخذ الصامت أن يرد على شريكه نصف ما أخذ وعلى شريكه أن يرد نصف ما أخذ أيضا ومنها أيضا ما اذا اقتسما دارا على أن يشتري أحدهما من الآخر دارا له خاصة بالف درهم فهي فاسدة وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة وان شرط أن يزيده شيأ معلوما فهو جائز كالبيع وان اقتسما دارا وأخذ كل واحد طائفة على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز وكذا ان كانت الدراهم الى أجل فان كان له حمل ومؤنة ولم يسم مكان الايفاء فعلى الخلاف المعروف في السلم الكل في الولوالجية (قوله والاجارة) أي كان أجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدي اليه أو ان قدم زيد كذا ذكره العيني ومن صورها استأجر حانوتا احترق كل شهر بكذا على أن يعمره و يحتسب ما أنفقه من الاجرة لان شرط العمارة على المستأجر يفسد العقد فعليه أجر المثل وله ما أنفقه وأجر مثل قيامه عليه واشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق الباب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر مفسد للعقد وكذا اشتراط كري النهر أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها وكذا على أن يردها مكروبة هكذا أطلقه في الكافي وفصل خواهرزاده فان شرطه في المدة فسدت و بعد انقضائها لا والصحيح ان شرطه في المدة

لا يصح تعليقه بكون مكررا لدخوله تحت الاصل الآخر فتدبر (قوله وفي جامع الفصولين ولو قال بعته بكذا الخ) قال الرملي هذا ذكره في أول الفصل السادس والعشرين وذكر فيه بعده بنحو ورقة مثل ما قدمه هذا الشارح فلا مخالفة لحمل المطلق على المقيد تأمل اهـ أي فيحمل قوله جاز البيع والشرط جميعا على ما اذا وقته بثلاثة أيام. (قوله وصورة تعليقها) أفاد ان الصورة الاولى صورة اقترانها بالشرط الفاسد بدون تعليق (قوله على أن يقرضه المستأجر)

والقسمة والاجارة

صورة الاقتران بالشرط الفاسد بدون تعليق وقوله أو ان قدم زيد صورة التعليق باداة الشرط (قوله وفصل خواهرزاده الخ) عبارة الولوالجية هكذا على وجهين اما أن يشترط الكراب في مدة الاجارة أو بعدها ففي الاول الاجارة فاسدة لان مدة الاجارة مجهولة لان مدة الكراب تقل وتكثر وهي مستثناة عن مدة الاجارة لان المستأجر في هذا الكراب لرب الارض هكذا ذكر وهو خلاف ما قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير انه اذا شرط الكراب على المستأجر صحت لانه في أصل الكراب عامل لنفسه فلا تكون تلك المدة مستثناة لكن الصحيح انه اذا شرط أن يرد عليه مكروبة بكراب في مدة الاجارة تفسد وفي الوجه الثاني على وجهين

اما أن يقول أجرتك بكذا بان تكرب بها بعد انقضاء المدة وتردها على مكروبة أو قال أجرتها بكذا على أن تكرب بها بعد انقضاء المدة ففي الاول جازت وفي الثاني لم تصح فلو أطلق بان قال و بان تردها على مكروبة يجب أن تصح و ينصرف الى الكراب بعد انقضائها وهذا التفصيل صحيح اهـ بحذف التعليل والظاهر ان في النسخة تحريفا تامل وفي الذخيرة وذكر شيخ الاسلام اذا شرط على المستاجر أن يردها مكروبة بكراب في مدة الاجارة فالعقد فاسد والمسئلة على وجهين أما اذا قال صاحب الارض أجرتك هذه الارض بكذا و بان تكرب بها بعد مضي المدة وفي هذا الوجه العقد جائز أما اذا قال أجرتك بكذا على أن تكرب بها بعد انقضاء مدة الاجارة ففاسد فان أطلق الكراب ينصرف بعد العقد فيصح ولكن جواب هذا الفصل يخالف ظاهر ماذكرهنا ولا يظن به انه قال جزافا فالظاهر انه عثر على رواية أخرى بخلاف ماذكرهنا اهـ (قوله فظاهره تخصيص اجازة البيع) قال الرملي تامل في هذه العبارة فانها متعارضة (قوله ويدل عليه ما في جامع الفصولين) كانه عدل عما استظهره أولا لما رأى ما في الجامع ولكن الاستقامة أحسن لان الكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به واجازة النكاح كالنكاح ليست من معاوضة المال بالمال وقد ذكر أولا ان ما كان مبادلة مال بغير مال لا يبطل بالشرط تامل (قوله بان قال لمطلقته الخ) هذا مثال للشرط الفاسد بدون تعليق وقوله أو ان قدم زيد مثال للتعليق بالشرط الفاسد (قوله وهو سهو ظاهر وخطأ صريح الخ) قال في النهر أما كون ماقاله العيني سهوا وخطأ فممنوع اذ ماذكره من التوجيه مأخوذ مما في الشرح وهو توجيه صحيح لعدم صحة تعليقها كما ان النكاح

والاجازة والرجعة

كذلك وأما بطلانها بالشرط فسكوت عن توجيهه وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن الا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح وكانه لانها فارقته كما مر في انه لا يشترط لها شهود ولا يجب بها عوض مالي وله أن يراجع الامة على الحرة بالشرط التي تزوجها بعد طلاقها وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح اهـ واعترضه بعض الفضلاء بانه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم اهـ وسبقه اليه في الشرنبلالية على انه ذكر صورة النزاع في المفارقة ولكن يقال أيضا لا يلزم من موافقتها النكاح في أحكام أن توافقه في هذا الحكم أيضا كيف وقد وجدت المخالفة بينهما فيما علمت ولا يلزم من عدم التصريح في بعض الكتب بانها تبطل بالشرط أن تشارك النكاح فيه مع تصريح الثقات بعدم المشاركة بل لو صرح غيرهم بخلافه لم يكن سبيل الى تخطئتهم وان لم يظهر لنا وجه قولهم تامل وقد رأيت في الحواشي العزمية على الدرر ما نصه قلت قد صرح الاستروشني بان في كون الرجعة من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط و يبطل بفاسده روايتين اهـ لكن كتبه تحت قول الدرر والوقف فلتراجع نسخة أخرى فلعله تحريف والجواب الحاسم لمادة الاشكال من أصله أن يقال ما ترجم به الماتن بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط هو قاعدتان الاولى ما يبطل بالشرط الفاسد والثانية ما لا يصح تعليقه باداة الشرط لا قاعدة واحدة كما أشرنا اليه فيما مر وأشرنا الى ان ماذكره الماتن من الفروع اما داخل تحت القاعدتين أو تحت احداهما والرجعة قد صرحوا بانها لا يصح تعليقها بالشرط فتكون داخلة تحت القاعدة الثانية وأما كونها تبطل بالشرط الفاسد فيحتاج الى تصريح أحد بذلك حتى تدخل

فسدت والا فان قال أجرتك بكذا بان تكرب بها بعد انقضاء المدة فتردها على مكروبة فلا تفسد وان قال على أن تكرب بها بعدها فهي فاسدة الكل من فتاوى الولوالجية و يستثنى من اطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الاجارات لو قال لغاصب داره فرغها والا فاجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفريغ (قوله والاجازة) بالزاي المعجمة بان باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي الي أو علقها بشرط لانها بيع معنى كذا ذكر العيني فظاهره تخصيص اجازة البيع فلو قال المصنف واجازة البيع لكان أولى فان ظاهره أن اجازة القسمة والاجارة كذلك بل كل شئ لا يصح تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح ويدل عليه ما في جامع الفصولين والبزازية وتعليق الاجازة بالشرط باطل كقوله ان زاد فلان في الثمن فقد أجزت ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت أجزت ان رضيت أمي بطلت الاجازة اذ التعليق يبطل الاجازة اعتبارا بابتداء العقد اهـ (قوله والرجعة) بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضيني كذا أو ان قدم زيد لانها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها كذا ذكره العيني وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسياتي في الكتاب قريبا ان شاء الله تعالى أن النكاح لا يبطل

تحت القاعدة الاولى أيضا وحيث لم يوجد لا تدخل وحينئذ فلا خطأ في كلام الماتن ولا غيره الا العيني على انه لا يمكن أن تكون الرجعة مما يفسد بالشرط الفاسد لانها ليست مبادلة مال بمال كما يعلم مما ذكره المؤلف أول البحث من الاصلين (قوله وفي الكافي للحاكم الشهيد الخ) قال في نور العين وفي الخلاصة تعليق الرجعة بالشرط باطل وكذا اضافتها الى مستقبل كالنكاح كما اذا قال اذا جاء غد فقد راجعتك وانما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف ولا يحلف بالرجعة يقول الحقير في اطلاق كلامه نظر لان عدم التحليف في الرجعة انما هو قول أبي حنيفة وأما عند أبي يوسف ومحمد فيحلف وبه يفتى كما مر تفصيله في فصل التحليف فعلى هذا ينبغي أن يصح تعليق الرجعة بالشرط على قولهما كما لا يخفى اه كلام نور العين وفيه نظر لان الكلام فيما يحلف به كالحج فيقال ان فعلت كذا فعلي حج والرجعة ليست كذلك وأما الذي فيه الخلاف فكونها مما يحلف عليها عند الانكار كالخلاف في النكاح

والصلح عن مال والابراء عن الدين

ونحوه فتدبر (قول المصنف والابراء عن الدين الخ) قال بعض الفضلاء فيه ان الابراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد وكونه معتبرا بالتمليكات لا يدل الا على بطلان تعليقه بالشرط ولذلك فرعه عليه وعلى هذا فينبغي أن يذكر في القسم الثاني اه قلت ويؤيده ما سنذكره عن النهر من مسئلة الصلح لكن في الحواشي العزمية عن الايضاح الابراء عن الدين بالشرط الفاسد بان قال لمديونه أبرأت ذمتك عن ديني بشرط ان لي الخيار في رد الابراء وتصحيحه في أي وقت شئت أو قال ان دخلت الدار فقد أبرأتك اه أقول ولو ثبت انه لا يبطل بالشرط الفاسد فذكره هنا مناسب لدخوله تحت القاعدة الثانية وهي ما يبطل تعليقه بالشرط كما مر (قوله لا يبرأ وهو مخاطرة) لعل وجهه ان المخاطرة في موته مديونا والا فالموت محقق الوجود ويرد عليه ان ذلك موجود في التعليق على موت الدائن فان فيه مخاطرة من حيث موته والدين في ذمة المديون والجواب ان التعليق على موته يجعل وصية والوصية يصح تعليقها بالشرط

بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه والمذكور في الظهيرية والجوهرة والبدائع والتتارخانية من الرجعة أنه لا يصح تعليقها بالشرط ولا اضافتها ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط الفاسد وكيف يصح أن يقال به وأصل النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد مع أن المصنف لم ينفرد بذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه بل ذكره كذلك في الخلاصة والبزازية من البيوع والعمادي في فصوله وجامع الفصولين وفتح القدير من البيوع ولم أر أحدا نبه على هذا وقد توقفت في تخطئة هؤلاء ثم جزمت بها وكان يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني ومما يدل على بطلان قول المصنف ومن وافقه ما في البدائع من كتاب الرجعة انها تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح اه فلو كانت تبطل بالشرط الفاسد لم تصح مع الهزل لان ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة وما لا يصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة هكذا ذكره الاصوليون في بحث الهزل من قسم العوارض وفي الكافي للحاكم الشهيد وتعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكر أنها تبطل بالشروط الفاسدة (قوله والصلح عن مال) أي بمال بان قال صالحتك على أن تسكنني في الدار مثلا سنة أو ان قدم زيد لانه معاوضة مال بمال فيكون بيعا كذا ذكره العيني واعلم أنه انما يكون بيعا اذا كان البدل خلاف جنس المدعى به أما اذا كان على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا كذا ذكره الشارح من الصلح فينبغي أن يخصص هنا وظاهر ما في البزازية الاطلاق في عدم صحة تعليقه بالشرط قال له عليه ألف صالح على مائة الى شهر وعلى مائتين ان لم يعطه الى شهر لا يصح لجهالة المحطوط لانه على تقدير الاعطاء تسعمائة وعلى تقدير عدمه ثمانمائة اه (قوله والابراء عن الدين) بان قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو ان قدم فلان لانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط كذا ذكره العيني قيد بالدين لان الابراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله ان وافيت به غدا فانت بريء فوافاه به بريء من المال وهو قول البعض واختاره في فتح القدير وقال انه الاوجه معللا بانه اسقاط لا تمليك ذكره في الكفالة وعلى هذا يحمل قول المصنف رحمه الله تعالى فيها وبطل تعليق البراءة من الكفالة بشرط على ما اذا كان غير ملائم وفي فتاوى قاضيخان من فصل في هبة المرأة من الزوج ولو قال الطالب لمديونه اذا مت فانت بريء من الدين الذي لي عليك جاز وتكون وصية من الطالب للمطلوب ولو قال ان مت فانت بريء من ذلك الدين لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله ان دخلت الدار فانت بريء مما لي

عليك لا يبرأ اه وفيها أيضا لو قالت المريضة لزوجها ان مت من مرضي هذا فمهري عليك صدقة أو أنت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض كان مهرها على زوجها لان هذه مخاطرة فلا تصح اه وحاصله ان التعليق بموت الدائن صحيح الا اذا كان المديون وارثاله وعلق في مرض موته فيكون مخصصا لاطلاق الكتاب وفي البزازية من الدعوى قال المديون دفعت الى فلان فقال ان كنت دفعت اليه فقد أبرأتك صح لانه تعليق بامر كائن اه ومن فروع عدم صحة تعليق الابراء ما في المبسوط لو قال الطالب للخصم ان حلفت فانت بريء فهذا باطل لانه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق اه وفي الخانية من الهبة امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على ان كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فان لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة وان قبل ذلك في المجلس جازت الهبة ثم ان فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وان لم يفعل فكذلك عند البعض كمن أعتق أمة على أن لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت أو لم تتزوج امرأة قالت لزوجها وهبت مهري ان لم تظلمني فقبل الزوج ذلك ثم طلقها بعد ذلك قال أبو بكر الاسكاف وأبو القاسم الصفار الهبة فاسدة لانها تعليق الهبة بالشرط وهذا بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على أن لا تظلمني فقبل صحت الهبة لان هذا تعليق الهبة بالقبول فاذا قبلت تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل ولو قال أنت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت وقع الطلاق وقال محمد ابن مقاتل في مسئلة الظلم مهرها عليه على حاله اذا ظلمها لان المرأة لم ترض بالهبة الا بهذا الشرط فاذا فات الشرط فات الرضا أما الطلاق فالرضا فيه ليس بشرط والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج اذا تركت المرأة مهرها على الزوج على أن يحج بها فقبل الزوج ذلك ولم يحج بها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول قال مولانا رضي الله تعالى عنه ويمكن الفرق بين مسئلة الحج وبين مسئلة الظلم ووجه ذلك ان في مسئلة الحج لما شرطت الحج بها فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا تتم الهبة أما في مسئلة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال مولانا رضي الله تعالى عنه ثم ذكر في بعض النسخ اذا شرطت عليه أن لا يظلمها فقبل الزوج ثم ضربها أو أجابا كما ذكر وعندي اذا ضربها بغير حق أما اذا ضربها بالتأديب مستحق عليها لا يعود المهر لان ما كان حقا لا يكون ظلما امرأة وهبت مهرها من زوجها ليقطع لها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج فمضى حولان ولم يقطع قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها عليه على حاله لان هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا تصح الهبة واذا لم يكن ذلك شرطا في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك وكذا لو وهبت مهرها على أن يحسن اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة الهبة بشرط العوض رجل قال لامرأته أبرئيني من مهرك حتى أهب لك كذا فابرأته ثم أبى الزوج أن يهب منها ما قال كان المهر عليه كما كان امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان لم يكن وقت للامساك وقتا لا يعود مهرها على الزوج وان وقت وقتا وطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له اذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها أن يمسكها ما عاش قال نعم الا ان العبرة لاطلاق اللفظ فانه ذكر في كتاب الوصايا رجل أوصى لام ولده بثلث ماله ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها تستحق الثلث بحكم الوصية امرأة وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل الزوج قال خلف صحت الهبة طلقها

بخلاف التعليق على موت المدين فانه ابراء محض فيبقى معلقا على ما فيه مخاطرة فلا يصح هذا ما ظهر لي فتأمله (قوله كان مهرها على زوجها) قال في النهر كان ينبغي أن يقال ان أجازت الورثة تصح لان المانع من صحة الوصية كونه وارثا اه وتأمل قوله لان المانع الخ مع قول الخانية لان هذه مخاطرة فانه يقتضي عدم الصحة وان لم يكن لها ورثة غيره لكن في مسئلة الدين لم يجعل التعليق بموت الدائن مخاطرة بل جعل وصية فالظاهر ان مراده بالمخاطرة هنا كونه وقت الموت ممن تصح له الوصية بان يطلقها ويصير أجنبيا أو تجيز الورثة الوصية وعليه فلا فرق بين الاجازة وعدمها تأمل (قوله وفي البزازية من الدعوى قال المديون الخ) ومثله ما في جامع الفصولين لو قال لغريمه ان كان لي عليك دين فقد أبرأتك وله عليه دين بريء اذا علق بشرط كائن فتنجز اه

(قوله لانه ابراء معلق دلالة) قال الرملي يعلم منه ان التعليق يكون بالدلالة ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فليحفظ ذلك (قوله ثم اعلم ان الابراء يصح تقييده الخ) قال في النهر واعلم انه سيأتي في الصلح انه لو كان عليه ألف فقال ادالي غدا نصفه على انك بريء من الفضل ففعل بريء ولو قال ان أو اذا أو متى أديت لا يصح وفرق الشارح بينهما بانه في الاول لم يعلق البراءة بصريح الشرط وانما أتى بالتقييد وفي الثاني بصريحه وهي لا يحتمل التعليق بالشرط اهـ أقول قد ذكر الشارح ١٩٩ الزيلعي في الصلح من صور المسئلة ما اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني خمسمائة غدا يبرأ مطلقا أدى خمسمائة في الغد أو لم يؤد لان البراءة قد حصلت بالاطلاق أولا فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسئلة والاولى أعني قوله اد غدا نصفه على انك بريء من الفضل

أو لم يطلقها لان ترك الطلاق لا يكون عوضا بقيت هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشرط الفاسد وذكر في النوازل اذا قالت المرأة لزوجها تركت مهري عليك على أن تجعل أمري بيدي ففعل الزوج ذلك قال مهرها عليه مالم تطلق نفسها ولو وهبت مهرها الذي على المطلق منه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا مهرها عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لانها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح وفي النكاح العوض لا يكون على المرأة اهـ ما في الخانية فان قلت ان هبة الدين ابراء فكيف صح تعليقه بالشرط في بعض هذه المسائل قلت الابراء يصح تعليقه بالشرط المتعارف وبهذا يجب تقييد كلام المصنف رحمه الله تعالى ومن أطلق ففي المسائل التي قدمناها التي قالوا فيها بصحة التعليق انما هو في المتعارف وما قالوا فيها بعدمها فانما هو في غير المتعارف ويدل على هذا التقييد أيضا ما في القنية من باب مسائل الابراء بالطلاق من كتاب الطلاق ولو أبرأته مطلقته بشرط الامهار صح التعليق لانه شرط متعارف وتعليق الابراء بشرط متعارف جائز فان قبل الامهار وهم بان يمهرها فابت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الامهار الصحيح ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة فلو جدد لها نكاحا بدينار فابت لا يبرأ بدون الشرط قالت المسرحة لزوجها تزوجني فقال لها هبي لي المهر الذي لك علي فاتزوجك فابرأته مطلقا غير معلق بشرط التزوج يبرأ اذا تزوجها والا فلا لانه ابراء معلق دلالة وقيل لا يبرأ وان تزوجها لان هذا الابراء على سبيل الرشوة فلا يصح أبرأته بشرط أن يمسكها بمعروف ويحسن معاشرتها ولا يؤذيها ولا يطلقها فقبل ثم تزوج عليها وأغار على مالها وآذاها وطلقها فالابراء بهذا الشرط غير صحيح وساق فيها فروعا كثيرة في بعضها لا يصح التعليق وفي بعضها يصح وفي جامع الفصولين لو قال كل حق لي عليك فقد أبرأتك لا يصح وكذا الاضافة الابراء الى ما يجب في الزمن الثاني لا يصح ولو قال لمديونه الدنانير العشرة التي لي عليك اعطني منها خمسة ووهبت منك الخمسة صح الابراء سواء أعطاه الخمسة أولا لانه تنجيز الابراء لا تعليقه ولو قال أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة فان كانت العشرة حالة صح الابراء لان أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الابراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الابراء اذا لم يعطه الخمسة حالا اهـ ثم اعلم ان الابراء يصح تقييده بالشرط وليس هو تعليقا وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح وذكر الشارح هناك ان الابراء يصح تقييده لا تعليقه والله تعالى أعلم وهذا التقرير ان شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح فاغتنمه واحفظ هذا التفصيل في الابراء (قوله وعزل الوكيل) بان قال لوكيله عزلتك على أن تهدي الى شيأ أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط كذا ذكره العيني وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل عليه من هذا وعندي ان هذا خطأ أيضا وأن عزل الوكيل ليس من

وعزل الوكيل

ففعل بريء والا لا وحاصل الفرق الذي ذكره بينهما ان كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة والابراء يجوز تقييده بالشرط وان لم يجز تعليقه به فحمل عليه بخلاف ما اذا قدم الابراء لانه بريء بالبداءة فلا يعود الدين بالشك وفي الاولى لم يبرأ في أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة أن تكون للشرط فلا يبرأ الا بالاداء وان تكون للعوض فيبرأ مطلقا وحينئذ فلا يبرأ بالشك والاحتمال اهـ ولا يخفى ان هذا صريح ان الابراء لا يبطل بالشرط وانما يبطل بالتعليق (قوله وهذا التقرير) الذي تحصل منه ان الابراء عن الدين لا يصح تعليقه الا اذا علق بموت الدائن ولم يكن المدين وارثا أو علقه بامر كائن أو بشرط متعارف وتحصل أيضا انه لا يبطل بالشرط فهو مما دخل تحت القاعدة الثانية من كلام الماتن (قوله وعندي ان هذا خطأ أيضا الخ) نقل في الحواشي العزمية عن الايضاح

هذا القبيل وهو ما يبطل بالشرط الفاسد وانما هو من قبيل القسم الثاني وهو ما لا يصح تعليقه بالشرط لكن لا يبطل بالشرط الفاسد ولهذا اقتصر في البزازية من كتاب الوكالة على انه لا يصح تعليقه ولم يذكر انه يبطل بالشرط الفاسد فهو كما قدمناه في الرجعة وقد ذكر في جامع الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه و يبطل بفاسده وفي البزازية وتعليق عزل الوكيل بالشرط يصح في رواية الصغرى ولا يصح في رواية الامام السرخسي لكن قال في رواية والدليل عليه انهم قالوا ان الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب الحاقه بالقسم الثاني وأرجو من كرم الفتاح الظفر بالنقل في الرجعة وعزل الوكيل موافقا لما قلته وقيد بالوكيل لان في صحة تعليق عزل القاضي اختلافا في جامع الفصولين لو قال الامير اذا أتاك كتابي هذا فانت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا اه وسيأتي في الكتاب صريحا ان عزل القاضي مما لا يبطل بالشرط الفاسد ثم اعلم ان الحجر على العبد كعزل الوكيل لا يصح تعليقه كذا في الخانية (قوله والاعتكاف) بان قال على أن أعتكف ان شفى الله تعالى مريضي أو ان قدم زيد لانه ليس مما يحلف به كعزل الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط كذا ذكره العيني وهذا يدل على ان المراد بالاعتكاف النذر به والتزامه ليكون قولا يمكن تعليقه وعندي ان ذكره في هذا القسم خطأ من وجهين من كونه يبطل بالشروط الفاسدة ومن كونه لا يصح تعليقه أما الثاني فقال في القنية باب الاعتكاف قال لله على اعتكاف شهر ان دخلت الدار فدخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا اه فاذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما في جامع الفصولين وما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة اه لكنه ذكر ايجاب الاعتكاف من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط و يبطل بفاسده وذكر في البزازية من هذا القسم ايجاب الاعتكاف فقال وتعليق وجوب الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزم والعجب من المحقق ابن الهمام في فتح القدير حيث جعل ايجاب الاعتكاف مما لا يصح تعليقه وعزاه الى الخلاصة في كتاب البيوع ولم يقل في رواية مع انه قدم في باب الاعتكاف ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا أو تعليقا وهو صريح في صحة تعليقه بالشرط والعجب من العيني كيف مشى هنا على انه لا يصح تعليقه وقال في شرح الهداية من باب الاعتكاف والواجب أن يقول لله على أن أعتكف يوما أو شهرا أو يعلقه بشرط فيقول ان شفى الله مريضي اه فقد أتى بعين ما مثل به هنا وتناقض وكيف يصح أن يقال بعدم صحة تعليقه مع الاجماع على صحة تعلق المنذور من العبادات أي عبادة كانت حتى ان الوقف كما سيأتي لا يصح تعليقه بالشرط ولو علق النذر به بشرط صح التعليق قال في الواقعات الحسامية من الفصل السابع في النذر بالصدقة رجل ذهب له شئ فقال ان وجدته فلله على أن أقف أرضي على ابناء السبيل فوجده وجب عليه أن يقف لان هذا نذر والوفاء بالنذر واجب وقال قبله لو قال ان دخلت هذه الدار فلله على أن أتصدق بهذه المائة فدخل الدار وهو ينوي بدخوله أن يتصدق عن زكاة ماله فدخل ثم تصدق بها لا يجزئه عن الزكاة لان الاول يمين واليمين لازم لا يملك الرجوع عنها فاذا دخل الدار لزمه التصدق بها بجهة اليمين اه فقد أفاد ان المنذور المعلق من باب اليمين وحينئذ صح التعليق و بهذا ظهر بطلان قول الشارحين انه ليس مما يحلف به وصرح في النذر بالصوم بصحة تعليقه بالشرط وفي فتاوى قاضيخان الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه اعتبارا بسائر العبادات اه ثم قال ولو نذر أن يعتكف رجب فعجل شهرا قبله يجوز في قول أبي يوسف خلافا لمحمد وأجمعوا على ان النذر

والاعتكاف

ما يخالفه حيث قال فساد عزل الوكيل بالشرط الفاسد بان يقول الموكل عزلت فلانا عن الوكالة على أن يعطيني خلعة وهو شرط فاسد لانه لا يعطي الوكيل الموكل لاجل العزل شيأ لتمكنه من عزل نفسه بمحضر من الموكل بغير شئ والوكالة باقية لفساد العزل وتعليقه بالشرط أن يقول الموكل للوكيل عزلتك غدا فانه لا يصح كذا قال قاضيخان كذا في الايضاح اه فقوله والوكالة باقية صريح في بطلانه بالشرط اذ لو صح العزل لم تكن الوكالة باقية على انه لو ثبت عدم بطلانه بالشرط فذكره في هذا المحل ليس بخطأ بل صحيح لدخوله تحت القاعدة الثانية وهي ما لا يصح تعليقه بالشرط لما علمت ان الترجمة قاعدتان لا واحدة

(قوله وهذا هو الموضع الثالث من جملة ما أخطؤا فيه) قال في النهر تعقبه بعض أهل العصر بان ما هنا في تعليق الاعتكاف لا في تعليق النذر به وهو مردود بما في هبة النهاية جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعا وعد منها تعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط ويمكن أن يجاب عنه بان يكون معناه ما اذا قال أوجبت على الاعتكاف ان قدم زيد لكنه خلاف الظاهر فتدبره وعلى كل تقدير فالتادب مع ساداتنا الاعلام وحسن الظن بهم واجب بلا كلام والحق ان كلامهم هنا محمول على رواية في الاعتكاف وان كانت الاخرى هي التي عليها الاكثر وكون محمد لم يذكرها مجموعة لا يقدح في ثبوت كل فرد منها الذكره لها متفرقة والعذر لصاحب الهداية حيث لم يذكرها مجموعة انه التزم الجمع بين القدوري والجامع الصغير وليس فيهما ذلك ومن ثم حذفها في المجمع لالتزامه المنظومة والقدوري اهـ ومما يدل على ثبوت مسئلة الاعتكاف ما في الفصول العمادية حيث قال وتعليق الاعتكاف بالشرط لا يصح ولا يلزمه كذا ذكر في صوم الاصل اهـ والاصل من مؤلفات الامام محمد رحمه الله تعالى وفي الحواشي العزمية فساد الاعتكاف بالشرط بان قال من عليه اعتكاف أيام نويت ان اعتكف عشرة أيام لاجله بشرط أن لا أصوم أو أباشر امرأتي في الاعتكاف أو أن أخرج عنه في أي وقت شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا وتعليقه بالشرط بأن يقول نويت أن أعتكف عشرة أيام ان شاء الله تعالى اهـ وهذا ما ذكره صاحب النهر أولا عن بعض أهل العصر ويرد عليه تعبير بعضهم بايجاب الاعتكاف وقد يجاب عنه بان يقال لو نذر اعتكاف شهر مثلا ثم دخل المسجد فقال نويت الاعتكاف المنذور ان شاء الله تعالى فقد أوجب الاعتكاف معلقا فلم يصح فليس المراد بتعليق ايجابه تعليق النذر به بل تعليق الشروع فيه فلا خطأ في كلامهم أصلا وانما الخطأ في فهم مرامهم وحيث ثبت بطلان تعليقه بالشرط صح ذكره في هذا المقام

والمزارعة والمعاملة والاقرار

لو كان معلقا بان قال ان قدم غائبي أو شفى الله مريضي فلله على أن أعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز اهـ وهذه العبارة بوضعها دالة على صحة تعليقه بالاجماع لان مفهومها ان النذر صحيح وانه يجب الوفاء به اذا وجد شرطه وأما تعجيله قبل وجود شرطه فغير جائز وهذا هو الموضع الثالث مما أخطؤا فيه في بيان ما لا يصح تعليقه والخطأ هنا أقبح من الاولين وأفحش لكثرة الصرائح بصحة تعليقه وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوى ولم يتنبهوا لما اشتملت عليه من الخطا بتغير الاحكام والله الموفق للصواب وقد يقع كثيرا ان مؤلفا يذكر شيأ خطأ في كتابه فيأتي من بعده من المشايخ فينقلون تلك العبارة من غير تغيير ولا تنبيه فيكثر الناقلون لها وأصلها لواحد مخطئ كما وقع في هذا الموضع ولا عيب بهذا على المذهب لان مولانا محمد ابن الحسن ضابط المذهب لم يذكر جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط وما يصح على هذا الوجه وقد نبهنا على مثل ذلك في الفوائد الفقهية في قول قاضيخان وغيره ان الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث ثم اني تتبعت كلامهم فوجدت سبعة أخرى زائدة على الثلاثة ثم اني نبهت على ان أصل هذه العبارة للناطفي أخطأ فيها ثم تداولوها ويرحم الله المحقق صاحب الهداية لم يلتفت الى جمع هذه الاشياء ووضعها في كتابه وهو دليل على كمال ضبطه واتقانه ولو حذفها المصنف رحمه الله تعالى لكان أسلم (قوله والمزارعة) بان قال زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة فلا يصح تعليقها بالشرط كالاجارة كذا ذكره العيني وفي البزازية من المزارعة شرطا في المزارعة على المزارع أو رب الارض ما ليس من أعمال المزارعة فسدت وما ينبت وما ينمي الخارج أو يزيد في وجود الخارج فهو من عمل المزارعة وما لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج فليس من أعمالها فاذا شرط على المزارع أو ربها الحصاد أو الدياسة فسدت من أيهما كان البذر في ظاهر الرواية اهـ ثم قال بعد تفريعات كثيرة هذا كله في الشرط النافع لاحدهما وان شرطا لا ينفع كما لو شرط أن لا يسقي أحدهما حصته لا تفسد المزارعة وفيما اذا كان شرطا مفسدا لو أبطلاه ان الشرط في صلب العقد لا ينقلب جائزا والا عاد جائزا الى آخر ما فيها (قوله والمعاملة) وهي المساقاة بان قال ساقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان لانها اجارة أيضا كذا ذكره العيني (قوله والاقرار) بان قال لفلان على كذا ان أقرضني كذا أو ان قدم فلان لانه ليس مما يحلف به عادة فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما اذا علقه بموته أو بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال ذكره العيني ومن فروع تعليقه

(قوله لو ادعى رجل على رجل مالا فقال المطلوب الخ) قال الرملي سيأتي في كتاب الاقرار من باب الاستثناء وما في معناه ان الاقرار
المعلق بشرط على خطر ولم يتضمن دعوى أجل باطل وان المعلق بشرط كائن تنجيز فراجعه وتامل وسيأتي شئ من

ماذكره في المبسوط والمحيط والولوالجية في كتاب الكفالة لو ادعى رجل على رجل مالا فقال له المطلوب ان لم آتك غدا فهو على لم يلزمه ان لم يأت به غدا لانه تعليق الاقرار بالخطر وتعليقه بالشرط باطل اه وفي المبسوط من باب الاقرار بكذا والا فعليه كذا ولو قال قد ابتعت من فلان هذا العبد بالف درهم والا ففلان على خمسمائة درهم ان أقر رب العبد ببيع العبد لزمه الالف وان أنكر ذلك لم يلزمه شئ لانه صار رادا الاقراره حين أنكر بيع العبد منه واقراره بالخمسمائة كان معلقا بشرط وهو باطل من أصله اه وقال في باب اليمين والاقرار رجل قال لفلان على ألف درهم ان حلف أو على أن يحلف أو اذا حلف أو متى يحلف أو حين حلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان على ذلك وجحد المقر المال لم يؤخذ بالمال لان هذا ليس باقرار وانما هو مخاطرة ومعناه انه علق الاقرار بشرط فيه خطر وهو بمنزلة الخصم والتعليق بالشرط يخرج كلامه من ان يكون اقرارا اه فان قلت هل يدخل في الاقرار الاقرار بالطلاق والعتاق كما لو قال ان دخلت الدار فانا مقر بطلاقها أو بعتقه و يفرق بين الاقرار بهما و بين الانشاء قلت ظاهر الاطلاق الدخول ولم أره صريحا و يدل على الفرق بينهما ما نقلناه في كتاب الطلاق من هذا الشرح انه لو أكره على انشاء الطلاق فطلق وقع ولو أكره على الاقرار به فاقر لم يقع وفي البزازية من الاقرار ادعى مالا فقال المدعى عليه كلما يوجد في تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته لايكون اقرارا لانه محفوظ عن أصحابنا انه لو قال كلما أقر فلان على فانا مقر به لا يلزمه اذا أقر به فلان وعلى هذا اذا كان بين اثنين أخذ وعطاء فقال المطلوب للطالب ما تقول فهو كذلك أو ما يكون في جريدتك فهو كذلك لايكون اقرارا الا اذا كان في الجريدة شئ معلوم أو ذكر المدعى شيأ معلوما فقال المدعى ماذكرنا يكون تصديقا لان التصديق لا يلحق بالمجهول وكذا اذا أشار الى الجريدة وقال مافيها فهو على كذلك يصح ولو لم يكن مشارا اليه لا يصح للجهالة اه وقد حكى الشارح الاختلاف فيما اذا علق الاقرار بشرط في كتاب الاقرار فنقل عن النهاية كما هنا أن الاقرار المعلق باطل ونقل عن المحيط أن الاقرار صحيح والشرط باطل ونقل عن المبسوط مايشهد للمحيط فظاهره ترجيحه والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بان الاقرار والوقف لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد (قوله والوقف) بان قال وقفت داري ان قدم فلان أو وقفت داري عليك ان أخبرتني بقدوم زيد لانه ليس مما يحلف به أيضا فلا يصح تعليقه بالشرط كذا ذكره العيني وفي جامع الفصولين والوقف في رواية فظاهره أن في صحة تعليقه روايتين وفي فتح القدير من كتاب الوقف وشرطه أن يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا اه وفي الاسعاف ولو قال اذا جاء غدا أو اذا جاء رأس الشهر أو قال اذا كلمت فلانا أو اذا تزوجت فلانة وما أشبه ذلك فارضي هذه صدقة موقوفة يكون الوقف باطلا لانه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر لكونه ممالا يحلف به بخلاف النذر لانه يحتمل التعليق و يحلف به فلو قال ان برئت من مرضي هذا فارضي صدقة موقوفة يلزمه التصدق بعينها اذا وجد الشرط ولو قال هي صدقة موقوفة ان شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت كان باطلا اه ولم يذكر العيني صورة بطلانه بالشرط الفاسد

مسائل تعليق الاقرار في باب دعوى الرجلين (قوله فقال المدعى ماذكرنا) لعله المدعى عليه (قوله وقد حكى الشارح الاختلاف الخ) قال الرملي هذا النقل عن الشارح غير صحيح بل الذى نقله الشارح في كتاب الاقرار عن المحيط أن تعليق الاقرار بالشرط باطل ثم نقل عن النهاية فرعا هو غصبت منك هذا العبد أمس ان شاء ثم قال لم يلزمه استحسانا

والوقف

يعني لبطلان الاقرار والقياس ان استثناءه باطل وذكر علة القياس والاستحسان وقال بعده وهذا يشير الى ماقال في المحيط يعني لامخالفة بينهما فكيف يقول وقد حكى الاختلاف الخ فراجعه وتامل اه أقول لايخفى ان كلام المحيط يفيد صحة الاقرار لانه لازم بطلان التعليق وهو مصرح به في عبارة الزيلعي هناك والاستحسان في الفرع المذكور يفيد صحة التعليق فبينهما مخالفة ظاهرة (قوله والحق تضعيفه لتصريحهم هنا الخ) قال في النهر أنت خبير بان هذا يلزمه في عزل الوكيل والاعتكاف اه أي فكان عليه أن يلتزم ماصرحوا به فيهما وان صرح غيرهم بخلافه (قوله ولم يذكر العيني صورة بطلانه بالشرط الفاسد الخ) أقول في كونه ممايبطل بالشرط الفاسد نظر لماقدمه المؤلف من الاصل وهو ان ماكان مبادلة

مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشرط الفاسد والوقف من التبرعات وفي العزمية على الدرر صرح قاضيخان بان الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة اه وقد يجاب ان الشرط الفاسد انما لا يبطل التبرعات اذا لم يكن موجبه نقض عقد التبرع من أصله فان اشتراط أن تبقى رقبة الارض له أو انه لا يزول ملكه عنها أو انه يبيع أصلها بلا استبدال شئ مكانها نقض للتبرع لانه بذلك الشرط لم يوجد التبرع أصلا كما اذا قال في الهبة وهبتك هذه الدار بشرط أن لا تخرج عن ملكي بخلاف ما اذا قال بشرط أن تخدمني سنة تامل (قوله فانه باطل وله الرد) أي فان التعليق يبطل ويلغو و يبقى المعلق على أصله بدليل قوله وله الرد وفي كون هذا من قبيل ما ذكره الماتن نظر لان معنى قوله ولا يصح تعليقه بالشرط انه يبطل بالتعليق لانه يبطل نفس تعليقه و يبقى هو صحيحا

الفاسد وصورته ما في الاسعاف وقفها على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها و يتصدق بثمنها كان الوقف باطلا اه وقدمنا في الوقف أن شرط الاستبدال صحيح على المفتى به (قوله والتحكيم) بان يقول الحكمان اذا أهل الشهر أو قالا العبد أو كافر اذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى زمان كالوكالة والامارة والقضاء وله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال ذكره العيني وفي فتاوى قاضيخان من القضاء الفتوى على قول أبي يوسف وقدمات المصنف ابطال الاجل قال في البزازية وابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد بان قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا اه وعبارة الخلاصة وابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما دخل نجم فلم تؤد فالمال حال صح والمال يصير حالا اه فجعلهما مسئلتين وهو الصواب وأما قوله في البزازية بان قال تصوير للاولى فسهو ظاهر لانه لو كان كذلك لبقي الاجل فكيف يقول صح فليتأمل وفاته أيضا تعليق الرد بالعيب فانه باطل وله الرد كما في البزازية وليس هو من القسم الاول لانه لا يبطل بالشرط الفاسد كما ذكره المصنف في القسم الثاني ولا يصح تعليقه فهو كالنكاح و بهذا علم أن المصنف فاته بيان ما لا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد كما فاته ما يجوز تعليقه (قوله وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض) بان قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرا مثلا فانه لا يبطل بهذا الشرط وذلك لان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود كلها ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة ذكره العيني فيقال له فكيف بطل عزل الوكيل والاعتكاف والرجعة بالشروط الفاسدة مع انها لم تكن من المبادلة المالية وفي البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم (قوله والهبة) بان قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي (قوله والنكاح) بان قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح و يفسد الشرط و يجب مهر المثل كما عرف في موضعه ومن هذا القبيل لو قال تزوجتك على أني بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لانه ما علق النكاح بالشرط فيبطل الخيار كذا في الخانية وسيأتي أن النكاح لا يجوز تعليقه بالشرط وعليه تفرع ما في الخانية تزوجتك ان أجاز أبي أو رضي فقالت قبلت لا يصح لانه تعليق والنكاح

(قوله و بهذا علم ان المصنف فاته بيان ما لا يصح تعليقه الخ) أي فاته بيان التصريح بذلك والا فهو داخل في قول المصنف وما لا يبطل بالشرط الفاسد فانه ذكر النكاح ولا يصح تعليقه

والتحكيم وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والنكاح

والطلاق وهو يصح تعليقه (قول المصنف وما لا يبطل بالشرط الفاسد) أي يصح ولا يبطل وان قيد بشرط فاسد وهذا مقابل قوله أولا ما يبطل بالشرط الفاسد ولم يذكر مقابل القاعدة الثانية وهي قوله أولا و يبطل تعليقه استغناء بما ذكره هنا من الفروع فان منها ما يبطل تعليقه بالشرط ومنها ما لا يبطل وأكثرها

مما لا تبطل بالتعليق كالطلاق والوصية والوصاية والحوالة والوكالة والقرض والرهن والقضاء والكفالة والاذن في التجارة ودعوة الولد فهذه كلها مما لا يبطل بالتعليق كما سيذكره المؤلف كما انها لا تبطل بالشرط (قول المصنف القرض) أقول في صرف البزازية أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد اه فتأمل (قوله فيقال له فكيف بطل عزل الوكيل الخ) وكذا يقال مثل ذلك في الابراء على ما قدمناه والاقرار والوقف والتحكيم وابطال الاجل الذي قدمه عن البزازية فان جميع ذلك ليس مبادلة مال بمال لكن ذكرها الماتن هنا باعتبار بطلان تعليقها باداة الشرط لا باعتبار فسادها بالشروط (قوله وسيأتي ان النكاح لا يصح تعليقه الخ) يخجب ما في النهر حيث ذكر من أمثلة قوله والنكاح مسئلة ان أجاز أبي فيقتضي عدم بطلانه مع ان كلام المصنف فيما لا يبطل

بالشرط لا فيما يبطل ولا في التعليق على انه مخالف لما هنا (قوله زاد في الظهيرية الخ) قال في النهر وهو مشكل والحق ما في الخانية اه قلت ما في الظهيرية ذكره في الخانية أيضا بعد ما نقله المؤلف بنحو ورقة ونصف وجعله جواب الاستحسان ونصه اذا قال لامرأة تزوجتك بالف ان رضي فلان قال أبو يوسف رحمه الله في الامالي ان كان فلان حاضرا في المجلس ورضي جاز استحسانا وان كان غائبا لم يجز وان رضي

بعد ذلك اه تامل (قوله وأما اشتراط الخلع لها) لعله الخيار لها (قوله الا أن يكون المراد بالشرط الخ) أقول يقرب هذا الجواب ما في هبة الولوالجية وهبت لزوجها ضيعة على أن يمسكها ولا يطلقها ثم طلقها بعد ذلك فان شرطت ذلك وقتا فطلقها قبل مضيه فالهبة باطلة لانه ما وفى بالشرط والا فصحيحة لانه وفى به

والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة

لا يقبل التعليق زاد في الظهيرية لو كان الاب حاضرا في المجلس فقبل جاز وفي الخانية رجل تزوج امرأة على أنه مدني فاذا هو قروي يجوز النكاح ان كان كفؤا لا خيار لها رجل طلب من امرأة نكاحا بحضر من الشهود فقالت المرأة لي زوج فقال الرجل ليس لك زوج فقالت المرأة ان لم يكن لي زوج فقد زوجت نفسي منك وقبل الزوج ولم يكن لها زوج قالوا يجوز هذا النكاح لان التعليق بشرط كائن تنجيز اه وفي جامع الفصولين تعليق النكاح بكائن تنجيز لو قال الاب زوجتك ابنتي ان لم أكن زوجتها فقبل صح (قوله والطلاق) بان قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري (قوله والخلع) بان قال خالعتك على أن يكون لي الخيار مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال وأما اشتراط الخلع لها فصحيح عند الامام كما مضى (قوله والعتق) بان قال أعتقتك على اني بالخيار (قوله والرهن) بان قال رهنت عندك عبدي بشرط أن استخدمه ومن هذا القبيل ما في رهن البزازية قال أخذه به رهنا على أنه ان ضاع ضاع بغير شئ فقال الراهن نعم صار رهنا وبطل الشرط وهلك بالدين ثم قال قال ان أوفيتك متاعك الى كذا والا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن وقال الشافعي رحمه الله تعالى يبطل الرهن أيضا اه (قوله والايصاء والوصية) بان قال أوصيت لك بثلث مالي ان أجاز فلان ذكره العيني وفيه نظر لانه مثال تعليقها بالشرط والكلام الآن في أنها لا تبطل بالشرط الفاسد وفي البزازية وتعليقها بالشرط جائز لانها في الحقيقة اثبات الخلافة عند الموت اه ومعنى صحة التعليق أن الشرط ان وجد كان للموصى له المال والا فلا شئ له وقدمناه عن فتاوى قاضيخان في بحث الابراء أنه لو أوصى بثلث ماله لام ولده ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها تستحق الثلث بحكم الوصية اه مع أن الشرط لم يوجد الا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لا عدمه الى الموت بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء وأما الايصاء فقال في البزازية لك مائة درهم على أن تكون وصيا عني فهو وصي والشرط باطل والمائة له وصية اه وكأنه من باب القلب كأنه قال جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة ومعنى بطلان الشرط مع قوله والمائة وصية له أنها لا تكون للايصاء فيبطل جعلها له وتبقى وصية ان قبلها كانت له والا فلا وفيها من البيوع وتعليق الوصية والوصاية جائز اه (قوله والشركة) بان قال شاركتك على أن تهديني كذا ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية لو شرطا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه وقد وقعت حادثة توهم بعض حنفية العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك هي تفاضلا في المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالا بالعمل فاجبت بان الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما مالا والتبرع ليس من قبيل

الشرط

وتمامه فيها في الفصل الثاني (قوله وأما الايصاء فقال في البزازية الخ) الاولى ما صوره العيني أوصيت اليك على أن تزوج ابنتي اذ الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وما هنا صحيح (قوله بان قال شاركتك على أن تهديني كذا) قال الرملي وفي البزازية الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض حتى لو شرط التفاضل في الوضيعة لا تبطل الشركة وتبطل باشتراط عشرة لاحدهما والظاهر انها لا تبطل باكثر الشروط اه (قوله ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية الخ) وضع المسألة في البزازية فيما اذا شرط صاحب الالف العمل على صاحب الالفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه يعني على قدر ماليهما أعني الالوف الثلاثة فكونه أثلاثا لا بمجرد كون أحد المالين أكثر بل قد يكون أرباعا اذا كان من جانب ألف ومن آخر ثلاثة كذا بخط بعض الفضلاء

الشرط والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة اشترى حطبا في قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط في الشراء احمله الى منزلي لا يفسد العقد لان هذا ليس بشرط في البيع بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اه فعلى هذا لو استأجر قرية أو أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها ان الحرث على المستأجر لا تفسد لانه لم يكن شرطا فيها وانما يكون شرطا لو قال على أن الحرث عليه فليحفظ هذا فانه يخرج عليه كثير من المسائل (قوله والمضاربة) بان قال ضاربتك في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم زيد ذكره العيني وهو مثال لتعليقها بالشرط وهذا الذي وقع للعيني هنا دليل على كسله وعدم تصفح كلامهم فانه لو أتى بالامثلة التي ذكروها في الابواب لكان أنسب وفي البزازية ولا تبطل بالشرط الفاسد ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لانه شرط بل لقطع الشركة اه وفيها دفع اليه ألفا على أن يدفع رب المال الى المضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت المضاربة ولو شرط المضارب لرب المال أن يدفع له أرضا أو دارا سنة فسدت لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة داره اه ثم قال ولو شرط على أن تكون النفقة على المضارب اذا خرج الى السفر بطل الشرط وجازت اه وسيأتي بقية الكلام على ذلك في كتابها (قوله والقضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا ويصح تعليقه بالشرط قال في البزازية لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه وفي البزازية أيضا استخلف رجلا وشرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل أمر أحد صح التقليد والشرط وان فعل شيأ من ذلك انعزل ولا يبطل قضاؤه فيما مضى قلد السلطان رجلا القضاء وشرط عليه أن لا يسمع قضية رجل بعينه يصح الشرط ولا ينفذ قضاء القاضي في هذا الرجل ويجب على السلطان أن يفصل قضيته ان اعتراه قضيته اه (قوله والامارة) بان قال الخليفة وليتك امارة الشام مثلا على أن لا تركب فهذا الشرط فاسد ولا تبطل امريته بهذا والامارة مصدر كالامرة بالكسر يقال فلان أمر وأمر عليه اذا كان واليا وقد كان سوقة أي أنه يجرب والتأمير تولية الامارة يقال هو أمير مؤمر وتأمر عليهم أي تسلط كذا في الصحاح وفي صحيح البخاري انكم ستحرصون على الامارة وستكون ندامة يوم القيامة (قوله والكفالة) بان قال كفلت غريمك ان أقرضتني كذا ذكره العيني وهو مثال لتعليقها بالشرط وفي البزازية لو قال كفلت به على أنه متى طولبت به أو كلما طولبت به فلي أجل شهر صحت فاذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الاولى فاذا تم الشهر من المطالبة الاولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اه ثم قال كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح بخلاف البيع لان مبناها على التوسع اه وأما تعليقها بالشرط فسيأتي أنه يصح بشرط ملائم وفي البزازية من البيوع وتعليق الكفالة ان متعارفا كقدوم المطلوب يصح وان شرطا محضا كان دخل الدار أو هبت الريح لا والكفالة الى هبوب الريح جائزة والشرط باطل ونص النسفي أن الشرط ان لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهي (قوله والحوالة) بان قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع على عند التواء ذكره العيني يعني تصح الحوالة ويبطل الشرط فيرجع عليه عند التواء ويصح تعليقها بالشرط ومنه اشتراط الخيار للمحتال وهو جائز كما في البزازية ثم اعلم أن الحوالة تبطل ببعض الشروط لما في البزازية ومن صور فساد الحوالة ما اذا شرط في الحوالة أن يعطي المال المحال به المحتال عليه للمحتال من ثمن دار المحيل لانه لا يقدر على الوفاء بالملتزم بخلاف ما اذا التزم المحتال عليه الاعطاء من ثمن دار نفسه لانه

والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة

(قوله والدليل عليه ما في بيوع الذخيرة الخ) قال في النهر والذي ينبغي حمل ما في الذخيرة على احدى الروايتين من انهما لو الحقا به شرطا فاسدا لا يلتحق وعلى انه لا يلتحق بقي مجرد وعد لا يلزم الوفاء به والله تعالى الموفق اه فتأمل (قوله ويصح تعليقه بالشرط) أي تعليق العزل لا القضاء لان ما ذكره عن البزازية لا يدل عليه ولا تدل عليه العبارة الثانية نعم سيذكر المؤلف عن الشارح الزيلعي جواز تعليق القضاء والامارة (قوله ومنه اشتراط الخيار للمحتال) في كون ذلك من التعليق نظر بل هو شرط لكنه صحيح ليس مما نحن فيه تامل

(قوله وهذه واردة على اطلاق المصنف وغيره) قال في النهر وجوابه ان هذا من المحتال وعد وليس الكلام فيه اه ومراده من المحتال المحتال عليه لانه قد تحذف صلته وهذا الجواب غير ظاهر لان كونه وعدا لا يخرجه عن كونه شرطا (قوله وأما ماذكر) أي من قول العيني أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا ومراد المؤلف الاعتراض على العيني بان المراد بيان مالا يبطل بالشرط الفاسد وماذكره من المثال تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يصح كماذكره في القنية وذكر المؤلف في آخر باب الاقالة ان فائدة كون الاقالة فسخا تظهر في خمس مسائل الثانية منها انها لا تبطل بالشروط المفسدة ولكن لا يصح تعليقها بالشرط كان باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد ان وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بازيد لا ينعقد البيع الثاني لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط

كذا في البزازية اه (قوله وفي البزازية كاتبها وهي حامل) مخالف لما قدمه عن العيني و يوافقه ما في العمادية والاستروشنية ان تعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وانما تبطل بالشرط الفاسد لكن حمله في الدرر على

والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد وعن الجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب

كون الفساد في صلب العقد بدليل قولهما ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح و يبطل الشرط فانه محمول على ما اذا لم يكن في صلب العقد ورد بهذا التوفيق على صاحب جامع الفصولين تامل ثم على هذا كان ينبغي عد الكتابة في القسم الاول أيضا (قوله بان قال لامته التي ولدت الخ) فيه ان هذا من التعليق وليس الكلام فيه ومثله في النهر بان قال لامته بعدما ولدت هذا الولد مني بشرط رضا زوجتي اه ومثله في الدرر بان يقول عليك المولى ان كان لهذه الامة حمل فهو مني قال في العزمية كون هذا الشرط فاسدا محل تدبر وصورة ذلك في ايضاح الكرماني بان ادعى نسب التوأمين بشرط أن لا تكون نسبة الآخر منه أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه يثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث و يبطل الشرط لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف وشرط أن لا يرث شرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به اه وما صور به في الدرر رده في الشرنبلالية أيضا بما يأتي قريبا (قوله بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك ان شاء فلان) فيه ان هذا من التعليق فكان عليه أن يقول بشرط ان يرضى فلان بقي هنا شيء وهو ان

قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره كما اذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الاداء قبل الاجل اه وهذه واردة على اطلاق المصنف وغيره (قوله والوكالة) بان قال وكلتك ان أبرأتني عما لك علي ذكره العيني وهو مثال تعليقها بالشرط وفي البزازية تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل وتفرع على ذلك أنه لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي انه صحيح لانه تعليق التوكيل بالعزل وسيأتي طريق عزله ولو قال كلما وكلتك فانت معزول لم يصح لانه تعليق العزل بالشرط وفي البزازية الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة أي شرط كان (قوله والاقالة) بان قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا ذكره العيني وفي القنية لا يصح تعليق الاقالة بالشرط وتقدم انهما لو تقايلا باقل من الثمن الاول أو بجنس آخر لم تفسد ووجب الثمن الاول وهو مثال أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة وأما ماذكر فمثال تعليقها وفي البزازية يجوز اشتراط الخيار فيها (قوله والكتابة) بان قال المولى لعبده كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد أو على أن لا تعامل فلانا أو على أن تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح و يبطل الشرط فله أن يخرج من البلد و يعمل ماشاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء وذلك لان الشرط غير داخل في صلب العقد وأما اذا كان داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به على ما عرف في موضعه ذكره العيني وفي البزازية كاتبها وهي حامل على أن يدخل ولدها في الكتابة فسدت لانها تبطل بالشرط الفاسد (قوله واذن العبد في التجارة) بان قال لعبده أذنت لك في التجارة على أن تتجر الى شهر أو على أن تتجر في كذا فان اذنه له يكون عاما في التجارات والاوقات و يبطل الشرط (قوله ودعوة الولد) بان قال لامته التي ولدت هذا الولد مني ان رضيت امرأتي بذلك (قوله والصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد و يسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط (قوله وعن الجراحة) بان صالح عنها بشرط اقراض شيء أو اهدائه (قوله وعقد الذمة) بان قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل (قوله وتعليق الرد بالعيب) بان قال ان وجدت بالمبيع عيبا أرده

الكلام فيما لا يبطل بالشرط الفاسد وقد عد منه تعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط فالمراد عدم بطلان التعليقين بالشرط الفاسد لا الردين أنفسهما ثم ان قوله ان شاء فلان قيد للرد لان جواب هذا الشرط مقدر به أي ان شاء فلان فانا أرده عليك وقد علمت ان المراد جعل الشرط قيدا للتعليق لا للرد ولم يظهر لي له مثال وعن هذا والله تعالى أعلم أسقط في الدرر لفظ التعليق واقتصر على قوله والرد بالعيب وبخيار الشرط ثم رأيت في العزمية قال قد عبر في العمادية والاستروشنية وجامع الفصولين عن هذه المسئله وتعليق الرد ويوافقه ما في الخلاصة والكنز وقد غيره صاحب الدرر الى ما ترى وهو مستبد في ذلك غير مقتف أثر أحد وكانه نظر الى ان ما لا يبطل بالشرط الفاسد هو الرد لا تعليقه وهو محل تدبر بعد اه وتمامه فيه وعبر صاحب جامع الفصولين بقوله وتعليق الرد بعيب بشرط وتعليق الرد بخيار شرط بشرط اه هذا وفي أول خيار العيب من البحر التنبيه الثامن عثر على عيب فقال للبائع ان لم أرده عليك اليوم رضيت به قال محمد القول باطل وله الرد اه واذا لم يبطل بالتعليق لا يبطل بالشرط الفاسد تامل وكتب المؤلف أيضا في باب خيار الشرط من البحر ما نصه وان قلت هل يصح تعليق ابطاله واضافته قلت قال في الخانية لو قال من له الخيار ان لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خياري كان باطلا ولا يبطل خياره وكذا لو قال في خيار العيب ان لم أرده اليوم فقد أبطلت خياري ولم يرده اليوم لا يبطل خياره ولو لم يكن كذلك ولكنه قال أبطلت غدا أو قال أبطلت خياري اذا جاء غد فجاء غد ذكر في المنتقى انه يبطل خياره قال وليس هذا كالاول لان هذا وقت يجيء لا محالة بخلاف الاول اه فقد سووا بين التعليق والاضافة في المحقق مع انهم لم يسووا بينهما في الطلاق والعتاق وفي التتارخانية لو كان الخيار للمشتري فقال ان لم أفسخ اليوم فقد رضيت وان لم أفعل كذا فقد رضيت لا يصح اه كلام المؤلف في باب خيار الشرط أي لا يصح ابطال الخيار بذلك بل يبقى خياره على حاله ٢٠٧ (قوله بان قال عزلتك عن القضاء ان شاء فلان) هذا أيضا من التعليق والعجب انه كرر الاعتراض

وعزل القاضي وبخيار الشرط

على العيني بسبب ذلك ووقع فيه مرارا ومثل له في الدرر بان يقول الامام للقاضي اذا وصل كتابي اليك فانت معزول وقال قيل يصح الشرط ويكون معزولا وقيل لا يصح الشرط ولا يكون معزولا وبه يفتى كذا في العمادية والاستروشنية اه وفيه ما مر لكن قال في العزمية وعبارتهما أي العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين نحن لا نفتي بصحة التعليق وهو فتوى شمس الاسلام الاوزجندي وبه يظهر ان الشرط هنا بمعنى التعليق بقي ان كون العزل مما لا يبطل بالشرط الفاسد غير مبتنات على هذين القولين وكان القول المذكور في المتن غير هذين القولين فلينظر الى كتب القوم اه وانما كان غيرهما لانهما في التعليق وما في متن الدرر فيما لا يبطل بالشرط أي باقترانه بشرط وقد يقال المراد بالشرط ما يعم التعليق فالمذكورات لا تبطل بالتعليق بالشرط بل تصح معه ولا تبطل باقترانها بشرط بل يبطل التعليق والشرط وحينئذ يوافق كلام الدرر لاحد القولين وتصح تصويرات العيني بالتعليق ويندفع الاعتراض عنه وعن المؤلف فليتأمل (قوله ولم يذكر المصنف ما يجوز تعليقه بالشرط) أي لم يصرح به والا فاغلب ما قدمه مما يجوز تعليقه بالشرط كما نبهنا عليه سابقا (قوله ولدخل تعليق تسليم الشفعة الخ) قال الرملي عبارة البزازية في الشفعة تعليق ابطالها بالشرط جائز حتى لو قال سلمتها ان كنت اشتريتها لنفسك فان كان اشتراه لغيره لا تبطل لانه اسقاط والاسقاط يحتمل التعليق اه أقول فلو قال الشفيع قبل البيع لمن يريد الشراء ان اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا ولا شبهة انه تعليق الاسقاط قبل الوجوب بوجود سببه ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان من باب الاسقاط المحض وقولهم المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وقولهم من لا يملك التنجيز لا يملك التعليق الا اذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لانه من باب الاسقاط وكانه نجزه عند وجوده وقد علقه بسبب الملك فتأمل لكن في الظهيرية ما هو صريح في انه ليس اسقاطا محضا قال في الظهيرية وفي الفتاوى الصغرى تعليق ابطال الشفعة بالشرط جائز حتى لو

عليك ان شاء فلان مثلا (قوله وبخيار الشرط) أي وتعليق الرد به بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو قال أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح ويبطل الشرط (قوله وعزل القاضي) بان قال الخليفة للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط لما ذكرنا أن هذه الاشياء ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز تعليقه بالشرط قال الشارح رحمه الله تعالى انه مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والامارة اه وقد فاته الاذن في التجارة فانه يصح تعليقه بالشرط كما في الخانية لكونه من

قال سلمت لك شفعة هذه الدار ان كنت اشتريت لنفسك فان كان اشتراها لغيره كان الشفيع على شفعته لان تسليم الشفعة اسقاط محض فيصح تعليقه بالشرط لكن يرد على هذه مسئلة اشكالا وهو ما ذكره شمس الائمة السرخسي في باب الصلح من الجنايات وكتاب الصلح من المبسوط ان القصاص لا يصح تعلق اسقاطه بالشرط ولا يحتمل الاضافة الى الوقت وان كان اسقاطا محضا ولهذا لا يرتد برد من عليه القصاص ولو أكره على اسقاط الشفعة فاسقط لا يبطل حقه في الشفعة وبهذا تبين ان تسليم الشفعة ليس باسقاط محض لانه لو كان اسقاطا لصح مع الاكراه اعتبارا بعامة الاسقاطات والمسئلة في اكراه المبسوط اه وعليه لا يصح التعليق قبل الشراء كما لا يصح التنجيز قبله ولم أر من صرح بالمسئلة مع انها تقع كثيرا لكن الذي يظهر عدم صحة التعليق فيها وأسأل الله تعالى الظفر بها في كلامهم فهو الموفق والمعين اه (قوله وقدفات المصنف الرهن) فيه ان الرهن مذكور في كلام المصنف فيما لا يبطل بالشرط الفاسد وتقدم مشروحا وقوله وفاته أيضا مسئلة الاسلام سيأتي عن الغزي انه داخل في الاقرار (قوله كما في فتاوى قارئ الهداية) قال الرملي نقلا عن شيخ

﴿كتاب الصرف﴾

الاسلام محمد الغزي الذي في فتاوى قارئ الهداية سئل اذا قال ذمي أنا مسلم أو ان فعلت كذا فانا مسلم ثم فعله أو تلفظ بالشهادتين لا غير هل يصير مسلما أجاب لا يحكم باسلامه في شئ من ذلك كذا أفتى علماؤنا ثم ذكر اختياره في ذلك فليراجع اه وهو كما لا يخفى لا يفيد ما ذكره شيخنا فان افتاءه بعدم الصحة ليس مبناها على التعليق وانما هو مبني على ان قول الذمي أنا مسلم وأنا أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ليس باسلام بل لا بد من التبري كما علمت تفاصيله في الكتب المبسوطة وانما يؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم في المتون والشروح والفتاوى بعدم صحة تعليق الاقرار بالشرط وهذا ظاهر والله تعالى أعلم اه (قوله ويرد عليه ان الهبة الخ) أي يرد على الشارح الزيلعي وكان الاولى تقديمه على قوله وقدفات المصنف الخ ولا يصح ارجاع الضمير للمصنف لما قدمه عن جامع الفصولين ان ما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة والمصنف عد هذه المذكورات مما لا تفسده الشروط الفاسدة ولا ينافي ذلك جواز تعليقها وقدمر أيضا ان تعليق الوصية والايصاء جائز وكذا تعلق العزل عن القضاء وكذا تعلق الحوالة والوكالة فهذه قدفاتت الشارح أيضا وذكر في جامع الفصولين مما يجوز تعليقه اذن القن وكذا تعليق النكاح والبراءة بشرط كائن حال ولو قال بعته ان رضي فلان جاز البيع والشرط اه لكن اذا وقته بثلاثة أيام كما مر فراجعه الحديث

الاسقاطات لكن لا يحلف به فلو حذف التي يحلف بها الدخل ولدخل تعليق تسليم الشفعة فانه صحيح كما في البزازية لكونه اسقاطا لكن لا يحلف به وقدفات المصنف الرهن فانه مما لا يبطل بالشرط الفاسد كما في البزازية وفاته أيضا مسئلة الاسلام فانه لا يصح تعليقه بالشرط كما في فتاوى قارئ الهداية ويرد عليه ان الهبة يجوز تعليقها بالشرط الملائم نحو وهبتك على أن تقرضني كذا كذا في جامع الفصولين وعلى هذا فما ذكره الكردري في المناقب معزيا الى الناصحي لو قال ان اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح ومعناه اذا قبضه بناء على ذلك اه مبني على أن الشرط ملائم وفي البزازية من البيوع وتعليق الهبة باطل وبعلى ان ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز وان مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة ويرد عليه أيضا تعليق دعوة الولد صحيح كقوله ان كانت جاريتي حاملا ففي صح كذا في البزازية وليس مما ذكره وكذا يرد عليه الكفالة فانه يصح تعليقها بشرط ملائم كما قدمناه ولم يذكر المصنف ولا الشارح ما يجوز تعليقه بالشرط الجائز وما لا يجوز وتقييده بالفاسد يخرجه وفي البزازية أن ما يتعلق بذكر الشرط الجائز يفسده الفاسد من الشرط كالبيع والاجارة والصلح على مال والقسمة وعقد لا يتعلق بالجائز فالفاسد من الشرط لا يبطله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال فالاول لا يصح الا ببدل منطوق معلوم يجري فيه التمليك والتملك والثاني يصح ببدل وبدونه وببدل مجهول وحرام وحلال وعقد يتعلق بالجائز منه والفاسد منه على نوعين نوع يفسده ونوع لا وهو الكتابة الى آخر ما فيها وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى ما يجوز اضافته الى زمان وما لا يجوز في آخر كتاب الاجارات فاذا وصلنا اليه شرحناه بأتم مما ذكره الشارح هنا وننبه على ما فاتهما ان شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الصرف﴾

تقدم وجه تأخيره والكلام فيه في مواضع الاول في معناه اللغوي ذكر في القاموس أن صرف

الحديث أن يزاد فيه و يحسن من الصرف فى الدراهم وهو فضل بعضه على بعض فى القيمة وكذلك صرف الكلام وأما الصرف فى الحديث لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف التوبة ولعدل الفدية أو هو النافلة والعدل الفريضة أو بالعكس أو هو الوزن والعدل الكيل أو هو الاكتساب والعدل الفدية أو الحيل اه وفى الصحاح يقال صرفت الدراهم بالدنانير و بين الدرهمين صرف أى فضل لجودة فضة أحدهما على الآخر اه والثانى فى معناه فى الشريعة وقد أفاده بقوله (هو بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أى بيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وانما فسرناه به ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف الثالث فى ركنه فما هو ركن كل بيع فهو ركنه من الايجاب والقبول أو التعاطى والرابع فى شرائطه فاربعة الاول قبض البدلين قبل الافتراق بالابدان الثانى أن يكون باتا لاخيار فيه فان شرط فيه خيار وأبطله صاحبه قبل التفرق صح و بعده لا وأما خيار العيب فثابت فيه وأما خيار الرؤية فثابت فى العين دون الدين واذا رده بعيب انفسخ العقد سواء رده فى المجلس أو بعده وان كان دينا فردها فى المجلس لم ينفسخ فاذا رد بدله بقى الصرف وان رد بعد الافتراق بطل وتمامه فى البدائع الثالث أن لا يكون بدل الصرف مؤجلا فان أبطل صاحب الاجل الاجل قبل التفرق ونقد ما عليه ثم افترقا عن قبض من الجانبين انقلب جائزا و بعد التفرق لا الرابع التساوى فى الوزن ان كان المعقود عليه من جنس واحد فان تبايعا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز وان علما التساوى فى المجلس وتفرقا عن قبض صح وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة لم يجز الا اذا علم التساوى فى المجلس لان القسمة كالبيع كذا فى السراج الوهاج (قوله فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض) أى النقدان بان بيع أحدهما بجنس الآخر فلابد لصحته من التساوى وزنا ومن قبض البدلين قبل الافتراق أما التساوى فقدمناه فى باب الربا ولو تصارفا جنسا بجنس مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أو حط عنه شيأ وقبله الآخر فسد البيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف هما باطلان والصرف صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقلة واختلافهم هذا فرع اختلافهم فى أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد فى الذكر اذا ألحق به هل يلتحق أم لا فان أصل أبى حنيفة التحاقه و يفسد العقد ومن أصلهما عدم التحاقه فطرده أبو يوسف هنا ومحمد فرق بين الزيادة والحط ولو زاد أو حط فى صرف بخلاف الجنس جاز اجماعا لكن يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق لالتحاقها باصل العقد ولو حط مشترى الدينار قيراطا منه فبائع الدينار يكون شريكا له فى الدينار ولو زاد مشترى السيف المحلى دينارا جاز ولا يشترط قبضه قبل الافتراق لصرف الزيادة الى النصل والحمائل وتمامه فى البدائع وأما التقابض فالمراد التقابض قبل الافتراق بابدانهما بان يأخذ هذا فى جهة وهذا فى جهة فان مشيا ميلا أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمتفرقين ولا يبطل بما يدل على الاعراض بخلاف خيار المخيرة فانه يبطل بما يدل عليه ونفرع على ما ذكرناه أنه لو كان لكل من رجلين على صاحبه دين فارسل اليه رسولا فقال بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما متفرقان بابدانهما وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بابدانهما والمعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين أو نائبين كالاب والوصى والوكيل لان

هو بيع بعض الاثمان ببعض فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض

(قوله فان علم التساوى الخ) وفى الكفاية العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته حتى لو تبايعا ذهبا بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لزفر ابن ملك على مجمع

القبض من حقوق العقد وحقوقه متعلقة بهما ولا اعتبار بالمجلس الا فى مسئلة وهى ما اذا قال الاب اشهدوا انى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل ان يزن العشرة فهو باطل كذا روى عن محمد لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس كذا فى البدائع وفى الذخيرة لو وكل وكيلين فى الصرف فتصارفا ثم ذهب أحدهما قبل القبض وقبض الآخر بطل فى حصة الذاهب فقط كالمالكين اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر بخلاف الوكيلين بقبض الدين اذا قبض أحدهما دون الآخر لم يجز كذا فى الذخيرة وتفرع على اشتراط القبض أنه لا يجوز الابراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به فان فعل لم يصح بدون قبول الآخر فان قبل انتقض الصرف والا لم يصح ولم ينتقض لانه فى معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما فلو أبى الواهب أن يأخذ ما وهب أجبر على القبض وتفرع أيضا أنه لا يجوز الاستبدال ببدل الصرف قبل قبضه وسيأتى وعلى هذا تتخرج المقاصة فى ثمن الصرف اذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف أنه لا يصير قصاصا ببدل الصرف وان تراضيا بذلك وقد مر فى السلم ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه أن يبطل الصرف وقد تقدم فى السلم وتمامه فى البدائع ثم ان استحق أحد بدلى الصرف بعد الافتراق فان أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف كذا فى البدائع قيدنا التماثل من حيث الوزن لانه لا اعتبار به عددا كذا فى الذخيرة (قوله وان اختلفا جودة وصياغة) لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وغيره ولا فرق فى ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق الحديث وفى الذخيرة من البيوع من الفصل السادس واذا باع درهما كبيرا بدرهم صغير او درهما جيدا بدرهم ردىء يجوز لان لهما فيه غرضا صحيحا فاما اذا كانا مستويين فى القدر والصفة فبيع أحدهما بالآخر هل يجوز وهل يصير مثله دينا فى الذمة اختلفوا بعضهم قالوا لا يجوز وأشار اليه محمد فى الكتاب وبه كان يفتى أبو حاتم الامام أبو أحمد اه قيد باسقاط الصفة بالاثمان لانه لو باع اناء نحاس باناء نحاس أحدهما أثقل من الآخر فانه يجوز وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا وذلك لان صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالتعارف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع كذا فى فتح القدير وفى الذخيرة حتى قالوا لو اعتادوا بيع الاوانى المتخذة من هذه الاشياء بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعه بغير المصنوع من جنسه الا متساويا وزنا واذا تعاملوا بيعها عددا لا وزنا يجوز بيع الواحد بالاثنين اه وفى القاموس الجيد ككيس ضد الردىء والجمع جياد وجيادات وجيايد وجاد يجود جودة صار جيدا اه وفيه والصياغة بالكسر حرفة الصائغ اه (قوله والا شرط التقابض) أى وان لم يتجانسا يشترط التقابض قبل الافتراق دون التماثل لما رويناه من الحديث وفى فتح القدير والمعراج معزيا الى فوائد القدورى المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد اه ثم اختلفوا فى القبض فقيل شرط انعقاده صحيحا فاورد عليه أنه حينئذ لا بد من القران أو التقدم والقبض متأخر فكان حكما له لا شرطا وأجيب بان الوجود فى المجلس جعل مقارنا للعقد حكما والصحيح المختار أنه شرط

وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض

(قوله فانه يجوز وزنا) عبارة الفتح حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع ان النحاس الخ فالصواب اسقاط قوله وزنا والاقتصار على قوله فانه يجوز

بقائه على الصحة لاشرط انعقاده وقد أشار محمد الى كل منهما كما فى الذخيرة ويدل على الثانى قوله فان تفرقا قبل القبض بطل فلولا أنه منعقد لما بطل بالافتراق كذا فى المعراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبى حنيفة فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد وعلى الاصح لا يتعدى كذا فى فتح القدير وقيد بالذهب والفضة لانه لو باع فضة بفلوس أو ذهب بفلوس فانه يشترط قبض أحد البدلين قبل الافتراق لا قبضهما كذا فى الذخيرة وقدمناه عند قوله فى باب الربا وصح بيع الفلس بالفلسين وفى الذخيرة اذا غصب قلب فضة أو ذهب ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه فان تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافا لزفر لانه صرف وعندنا هو صرف حكما للضمان الواجب بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض سواء كان وجوب القيمة بقضاء القاضى أو بالصلح ولو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وقبض الدنانير وافترقا قبل أن يجدد المودع قبضا فى الوديعة بطل الصرف بخلاف ما اذا كانت مغصوبة لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة اهـ (قوله فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا فى المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف ولو افترقا قبل قبضهما أو قبض أحدهما بطل لفوات الشرط قيد ببيع الجنس بخلاف الجنس لانه لو باع الجنس بالجنس مجازفة فان علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا (قوله ولا يصح التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع دينارا بدراهم ثم اشترى بها ثوبا فسد البيع فى الثوب) أى فى أحد بدلى الصرف لان كلا منهما ثمن فلا تجوز هبته ولا صدقته ولا بيع شئ به وقدمنا أنه ان وهب أو تصدق به أو أبرأه فان قبل الآخر انفسخ الصرف لتعذر وجود القبض والا فلا وأما البيع فصورته كما ذكره المصنف باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبضها حتى اشترى بها ثوبا أو مكيلا أو موزونا فالبيع فى الثوب فاسد لان قبض العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلم يجز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله بذلك وأجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان العقد لا يتعين فاضافة العقد الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وجوابه ان قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز وقدرجحه فى فتح القدير ثم اعلم انهم قرروا هنا كما فى المعراج ان البدلين فى باب الصرف كل منهما ثمن قبل العقد وحالته فلا يشترط وجودها فى ملك المتصارفين ولا يتعينان بالاشارة ومثمن من وجه بعد العقد ضرورة ان العقد لا بد له من مثمن فلا يجوز الاستبدال باحدهما قبل القبض لكونه بيع المبيع قبل قبضه الى آخره وبه اندفع ترجيح ابن الهمام قول زفر كما لا يخفى وفى الذخيرة اذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فاعطاه مكانها سودا ورضى بها البائع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن صفة الجودة حين تجوز بالسود فكان مستوفيا بهذه الطريق لا مستبدلا قال شمس الائمة السرخسى ومراده من السود الدراهم المضروبة من النقود السود لا الدراهم البخارية لان أخذ البخارية مكان الدراهم البيض لا يجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف

فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا فى المجلس ولا يصح التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب

(قوله وقد نقل عن زفر الخ) قال فى فتح القدير وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين فى البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا اهـ (قوله وبه اندفع ترجيح ابن الهمام الخ) فيه نظر ظاهر فان المحقق قد أجاب عن هذا وكان المؤلف لم يكمل النظر فى عبارته ثم رأيت صاحب النهر لخص جواب المحقق واعترض كلام المؤلف حيث قال ولا يخفى ان زفر انما قال بجواز البيع بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة هذا البيع لما قلنا كان بالضرورة قائلا بان البيع انعقد موجبا دفع مثله وتكون تسميته بدل الصرف تقديرا للثمن سواء سميته بيعا أو ثمنا

انما يلزم بيع المبيع قبل قبضه اذا لزم بتسميته بعينه وليس هنا هكذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو المذهب مشكل هذا حاصل ما في الفتح وفيه ترجيح لقول زفر ودفعه في البحر بما لا يصلح دفعا حذفناه خوف الاطالة بلا فائدة (قوله وفي المعراج معزيا الى المبسوط الخ) أقول وفي كافي الحاكم واذا اشترى

ولو باع أمة مع طوق قيمة كل منهما ألف بالفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بالفين ألف نقدا وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق ومن باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وان لم يبين أو قال من ثمنهما

قلبا بعشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم ثم افترقا فهي قصاص بثمن القلب وان تفرقا على غير رضا وكذلك القرض ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين درهما وقبض القلب ونقده عشرة دراهم ثم تفرقا جعلت ما نقده ثمن القلب استحسانا ولو نقده العشرة فقال هي من ثمنهما جميعا فهو مثل الاول فان قال من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في القلب لان الدافع بجعلها قضاء من أيهما على
شاء وكذلك لو كان الثمن دينارا وكذلك لو اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما فقبض السيف ونقده خمسين

الجنس وكذلك لو قبض مشتري الدراهم الدراهم فاراد أن يعطي ضربا آخر من الدنانير سوى ما شرط لا يجوز الا برضا صاحبه واذا رضي به صاحبه كان مستوفيا لا مستبدلا لكون الجنس واحدا قيل هذا اذا أعطى ضربا دون المسمى فاما اذا أعطاه ضربا فوق المسمى فلا حاجة الى رضا صاحبه اه وقدمنا جواز الرهن ببدل الصرف فان هلك وهما في المجلس هلك بما فيه وجاز العقد وان هلك بعد الافتراق بطل الصرف ولا يكون مستوفيا وقدمنا جواز الحوالة والكفالة به فان سلم الكفيل أو الاصيل أو المحال عليه في المجلس صح وان افترق المتعاقدان بطل وان بقي الكفيل أو المحال عليه لان حقوق العقد انما تتعلق بالمتعاقدين كذا في شرح السراج الوهاج (قوله ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بالفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بالفين ألف نقد وألف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) لان حصة الطوق يجب قبضها في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب فيصرف المتأخر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق احسانا للظن بالمسلم وكذا لو قال خذ منهما صرفا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه كذا في فتح القدير وقيد بتأجيل البعض لانه لو أجل الكل فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة وقالا يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدره ولابي حنيفة ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كالجمع بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره وقد اعترض الشارح على المؤلف بالتسامح في عبارته بانه ذكر القيمة في كل منهما ولا تعتبر القيمة في الطوق وانما يعتبر القدر حين المقابلة بالجنس وكذا لا حاجة الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق مقابل به والباقي بالجارية قلت قيمتها أو كثرت فلا فائدة في بيان قيمتها الا اذا قدر ان الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما اه وقد أجاب العيني بما لا طائل تحته وفي فتح القدير ولقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وكون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل انه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه اه (قوله ومن باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهي حصتها وان لم يبين أو قال من ثمنهما) أما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان أمرهما يحمل على الصلاح وأما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسي أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وفي الحديث فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام ونظيره في الفقه اذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا علق باحدهما للاستحالة بخلاف ما اذا لم يذكر المفعول به للامكان وقد فاته صورتان الاولى أن يبين ويقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف الثانية أن يجعل الكل من ثمن السيف وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية لانهما شيء واحد فيجعل عن الحلية لحصول مراده هكذا ذكره الشارح وفي المعراج معزيا الى المبسوط لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا

درهما وقال هي من ثمن السيف أو قال من ثمن السيف والحلية أو من ثمن السيف دون الحلية ورضي بذلك القابض أو لم يرض فهو سواه والذي نقد من ثمن الحلية استحسانا اه وانظر ما الفرق بين قوله من ثمن الثوب خاصة وقوله من ثمن السيف دون الحلية حيث ينتقض البيع في الاول دون الثاني ولعل الفرق هو ان الثوب يمكن كونه مبيعا قصدا فيتعين عند التنصيص بخلاف السيف اذا كان لا يتخلص عن الحلية الا بضرر فلو صح التنصيص لزم فساد البيع لانه يصير كبيع جذع من سقف ولكن هذا مخالف لما ذكره هنا عن المبسوط وان قوله من ثمن السيف دون الحلية بمنزلة قوله من ثمن السيف خاصة فليتأمل ويؤيد ما ذكرناه من الفرق قوله في الكافي أيضا ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع في نصف القلب

وأما السيف اذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع اه ولذا قال الزيلعي لانهما شئ واحد (قوله جاز كيفما كان) أي سواء كان المدفوع

ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا

مساويا لقيمة الحلية أو لوزنها أولا لجواز التفاضل عند اختلاف الجنس ومقتضى هذا انه يصرف المدفوع الى الحلية فيكون ثمنا لها ويكون باقي الثمن وهو غير المدفوع ثمن النصل (قوله وعلى هذا بيع المزركش والمطرز الخ) قال الرملي في حاشية المنح

على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك والقول له في بيان جهته اه وهكذا في العناية وفي السراج الوهاج ولو قال هذا الذي عجلته حصة السيف كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية أيضا لانها تدخل في بيعه تبعا ولو قال هذا من ثمن الجفن والنصل خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وأزال الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة اه ويمكن التوفيق بان يحمل ما ذكره الشارح على ما اذا قال من ثمن السيف ولم يقل خاصة فيوافق ما في السراج الوهاج وأما ما في المبسوط فانما قال خاصة وحينئذ كانه قال خذ هذا عن النصل فليتأمل وسيتضح بعد قيد بقوله بمائة لانه لو باعه بخمسين أو باقل منها لم يجز الربا وان باعه بفضة لم يدر وزنها لم يجز أيضا لشبهة الربا ففي ثلاثة أوجه لا يجوز البيع وفي واحد يجوزونه وما اذا علم ان الثمن أزيد مما في الحلية ليكون ما كان قدرها مقابلا لها والباقي في مقابلة النصل هذا اذا كان الثمن من جنس الحلية وان كان من خلاف جنسها جاز كيفما كان لجواز التفاضل ولا خصوصية للحلية مع السيف والطوق مع الجارية بل المراد اذا جمع مع الصرف غيره فان النقد لا يخرج عن كونه صرفا بانضمام غيره اليه وعلى هذا بيع المزركش والمطرز بالذهب أو الفضة وفي المبسوط وكان محمد بن سيرين يكره بيعه بجنسه وبه نأخذ لاحتمال الزيادة والاولى بيعه بخلاف جنسه (قوله ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا) أي بطل العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق فاذا لم يقبضها حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز لقدرة على التسليم فصار كالجارية مع الطوق وذكر الشارح هنا ما نقلناه عن المبسوط سابقا ثم قال الراجي عفو ربه ينبغي أن تكون هذه كالمسئلة المتقدمة من أنه يصرف الى الحلية ومن أنه على التفصيل المتقدم ذكره يعني ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والا بطل في الكل وفي المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة وان لم يمكن التمييز الا بضرر

قال في مجمع الرواية بعد ان ذكر مسئلة حلية السيف ناقلا عن المحيط وان كان مموها جاز مطلقا لان الفضة بالتمويه صارت مستهلكة لانها لا تتخلص بعد التمويه ولكن بقي لونها ألا ترى لو اشترى دارا مموها بالذهب بذهب مؤجل يجوز ولو بقي عين الذهب لوجب أن لا يجوز اه وأقول المموه المطلي بالذهب أو الفضة والتمويه الطلي مأخوذ من تمويه الكلام أي تلبيسه وأقول يجب تقييد المسئلة بما اذا لم تكثر الفضة أو الذهب المموه أما اذا كثر بحيث يحصل منه شئ يدخل في الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره ولم أره لاصحابنا لكن رأيته للشافعية وقواعدنا شاهدة به فتامل والله تعالى أعلم اه قلت وسيأتي عند قول المتن وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير ما هو كالصريح في ذلك فتامل وفي كافي الحاكم واذا اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لان التمويه لا يخلص ألا ترى انه اذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وان كان

يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف فعلى هذا ماذكر فى المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ماذكر فى المحيط اه وفيه نظر لان مافى المحيط انما هو فيما اذا صرح بالنصل دون السيف ولاشك فى عدم انصرافه الى الحلية لانه صريح كما قدمناه لكن بشرط أن يتخلص بلا ضرر والا صرفناها الى الحلية وتركنا الصريح تصحيحا لانه لولا ذلك بطل فى الكل ومافى المبسوط انما هو فيما اذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة فذكر السيف ولم يذكر النصل والحاصل انه ان ذكر السيف ولم يقل خاصة صرف الى الحلية مطلقا أعنى سواء أمكن التمييز بلا ضرر أولا وان زاد خاصة أولم يذكر السيف وانما ذكر النصل لا ينصرف اليها ويصرف الى النصل ان أمكن تخليصه بلا ضرر والا صرفناه الى الحلية وفى البدائع ان ذكر انه من ثمن السيف يقع عن الحلية وان ذكر انه من ثمن النصل فان أمكن تخليصه بلا ضرر يقع عن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق والا فالمنقود ثمن الصرف ويصحان اه وفى المغرب الحلية الزينة من ذهب أوفضة يقال حلية السيف والسرج وغيره وفى التنزيل وتستخرجون حلية تلبسونها أى اللؤلؤ والمرجان اه (قوله ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما) يعنى اذا باعه بفضة أوذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر مالم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد ولا يثبت للمشترى خيار عيب الشركة لانها حصلت منه وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث ثبت الخيار فى أخذ الباقى لعدم الصنع منه (قوله وان استحق بعض الاناء أخذ المشترى مابقى بقسطه أورد) لان الشركة فى الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البائع مقارنا له فان أجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه اليه اذا لم يفترقا بعد الاجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فتتعلق حقوق العقد بالوكيل دون المجيز حتى لو افترق المتعاقدان قبل اجازة المستحق بطل العقد وان فارقه المستحق قبل الاجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس بطل العقد كذا فى السراج الوهاج أطلق الخيار فشمل ماقبل القبض وبعده (قوله ولو باعه قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ مابقى بقسطه بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص فيها لا يضرها بخلاف الاناء أطلقه وهو محمول على ما اذا كان بعد قبضها أما اذا استحق بعض النقرة قبل قبضها فان له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بخلاف ما بعد القبض لتمامها وفى المغرب النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان اه وفى النهاية هى قطعة فضة مذابة كذا فى ديوان الادب وعلى هذا ما وقع فى بعض كتب الاوقاف المصرية كالشيخونية والصرغتمشية من الدراهم النقرة المراد منها الفضة لكن وقع الاشتباه فى انها فضة خالصة أومغشوشة وكنت استفتيت بعض المالكية عنها فافتى

بضرر صح البيع والصرف بجعل النصل عبارة عن السيف فاذا ذكر السيف بدل النصل يصح البيع والصرف بالاولى فقول المبسوط انتقض البيع فى الحلية يتعين حمله على

ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما وان استحق بعض الاناء أخذ المشترى مابقى بقسطه أورد ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ مابقى بقسطه بلا خيار

ما اذا أمكن تمييزه بلا ضرر والا خالفه مافى المحيط فلابد من هذا التوفيق لدفع المنافاة بينهما وهو توفيق حسن نعم قول الزيلعى والا بطل فى الكل لا يناسب هذا التوفيق لما علمته من انه اذا كانت الحلية لا تتخلص الا بضرر صح فى الكل فكيف يحمل مسئلة المبسوط على التفصيل المذكور فى المتن ولعل مراده التفصيل بين ما يتميز بضرر أو بدون ضرر من غير نظر الى حكمه تامل (قوله فان أجاز المستحق الخ) قال الرملى عازيا الى الغزى هذا اختيار منه لقول الخصاف بانه فان البيع ينتقض عنده بمجرد القضاء وظاهر الرواية بخلافه كما تقدم فى الاستحقاق اه (قوله وان فارقه المستحق قبل الاجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس بطل العقد) صوابه صح العقد كما هو مسطور فى الجوهرة (قوله وكنت استفتيت بعض المالكية)

بانه سمع ممن يوثق به ان الدرهم منها يساوى نصفا وثلاثة فلوس قال فليعول على ذلك مالم يوجد خلافه اهـ وقد اعتبر ذلك فى زماننا ولكن الادنى متيقن به ومازاد عليه مشكوك فيه ولكن الاوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما فى جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد فلو ادعت مائة درهم مهرا وجب لها مائة درهم وسط اهـ فينبغى أن يعول عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما) أى بان يبيعهما بكرى بر وكرى شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه تصحيحا للعقد ولو صرف الى جنسه فسد لان العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير تعرض لقيد لامقابلة الكل بالكل شائعا ولا فردا معينا فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكانصراف النقد الى المتعارف ولا يرد علينا مالو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين فانه لا يصح وان أمكن صرف الربح الى الثوب لانا لو صرفناه لصار تولية فى القلب وهو خلاف المرابحة فكان ابطالا له وكذا لا يرد لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل النقد مع آخر من البائع بالف وخمسمائة فانه لا يصح فى المشترى بالف لان طريق التصحيح غير متعين لامكان صرف الالف ومائة اليه أو مائتين الى غير ذلك من الصور وأورد عليه ان الطرق متعددة فى مسئلة الكتاب لجواز أن يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمان الى الدينارين والدينار الى الدرهم وأجيب عنه بانه أقل تغييرا فكان أولى وكذا لا يرد علينا مالو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما فانه لا يصح للتنكير وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وأجيب بان البيع أضيف الى منكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد اذ المنكر ليس بمحل للبيع ورد بانه ليس بشئ لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة فى قوله عبدى أو جارى حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرف وكذا ماقيل ان تصحيح العقد يجب فى محل العقد وهو لم يضف الى المعين وفى فتح القدير واعلم ان ما أورد على دفع النقوض المذكورة ان لحظ له جواب فذاك والافلا يضرك النقض فى اثبات المطلوب اذ غايته انه خطأ فى محل آخر اذا اعترف بخطائه فى محل النقض وذلك لا يوجب خطأه فى محل النزاع اهـ وأما مسئلة ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وقد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس فى الفساد الطارئ وفى الظهيرية معزيا الى المبسوط باع عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد فى الدراهم ولو صرف الجنس الى خلاف جنسه لم يبطل ولكن قيل فى العقود يحتال للتصحيح فى الابتداء ولا يحتال للبقاء على الصحة اهـ وفى الايضاح الاصل فى هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لاربا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة وأما ما فيه الربا فانما تجب القسمة على الوجه الذى يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بالدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما فى مسئلة الكتاب اهـ ونظير المسئلة المسئلة التى تلى هذه وهى (قوله وأحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) أى صح بيع فتكون العشرة

وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما وأحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار

قدمنا فى المتفرقات عن النهر ان المراد به علامة عصره ناصر الدين اللقانى رحمه الله تعالى (قوله والصرف لدفع الفساد) أى صرف الجنس الى خلاف جنسه

بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على مابينا وانما ذكر هذه بعد التى قبلها وان كانت قد علمت مما قبلها للبيان ان الصرف الى خلاف الجنس لا يتفاوت فى الجميع أو جزء واحد كذا فى السراج الوهاج (قوله ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) أى يصح بيع لاتحاد فى الجنس فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف والغلة هى الدراهم المقطعة وقيل مايرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافى لاحتمال أن تكون هى المقطعة وفى الهداية ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهة فان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا اهـ وصرح فى الايضاح بان الكراهة قول محمد وأما أبو حنيفة فقال لا بأس به وفى المحيط انما كرهه محمد خوفا من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لا يجوز وقيل لانهما باشرا الحيلة لاسقاط الربا كبيع العينة فانه مكروه وفى فتح القدير اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر فى التراب شئ فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لا شئ فى التراب لا يجوز وكلما جاز فمشتريه بتراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره اهـ (قوله ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أى صح بيع أما اذا قابل الدينار بالعشرة التى عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وهو جائز اجماعا لان التعيين للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين سقط وانما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر وأما الثانية وهى ما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس عدم الجواز وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف ووجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ الاول وانعقد صرف آخر مضافا الى الدين فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو جددا البيع باكثر من الثمن الاول وفى فتح القدير ونحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير انه بقبض سابق ولا يبالى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما اذا باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا فى العقد بها والا لم يمكن قضاؤها أصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى هذا شوا وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاه اهـ أطلق فى العشرة الدين فشمل ما اذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعده والاول أصح لان التقاص هو المتضمن لفسخ الاول وانشاء صرف آخر فيكتفى بالدين عند التقاص بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس مال السلم لافترقا عن دين بدين ولذا لا يجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذى على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف الصرف وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض اهـ وقوله وتقاصا راجع الى الثانية وأما الاولى فتقع المقاصة بنفس العقد والحاصل ان الدين اذا حدث

ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة

(قوله أطلق فى العشرة الدين فشمل الخ) هذا راجع الى قوله أو بعشرة مطلقة اذ لا يتصور فى المقيدة أن يكون الدين حادثا بعد عقد الصرف

بعد الصرف فان كان بقرض أوغصب وقعت المقاصة وان لم يتقاصا وان حدث بالشراء بان باع مشترى الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة ان لم يجعلاه قصاصا لا يصير قصاصا باتفاق الروايات وان جعلاه قصاصا ففيه روايتان كذا فى الذخيرة ومن مسائل المقاصات وان لم تكن من الصرف مافى المنتقى له وديعة وللمودع على صاحبها دين من جنسها لم تصر قصاصا بالدين قبل الاتفاق عليه واذا اجتمعا عليه لا تصير الوديعة قصاصا مالم يرجع الى أهله فيأخذها وان كانت فى يده فاجتمعا على جعلها قصاصا لا يحتاج الى غير ذلك وحكم المغصوب كالوديعة سواء والدينان اذا كانا من جنسين لا تقع المقاصة بينهما مالم يتقاصا وكذا اذا كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا وكذا اذا كان أحدهما غلة والآخر صحيحا كذا فى الذخيرة أيضا من كتاب الصرف وذكر فى كتاب المداينات ان الدينين اذا كانا مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا وذكر قبله ان التفاوت فى الوصف يمنع المقاصة بنفسه ولا يمنع اذا جعلاه قصاصا اه وفى الصحاح تقاص القوم اذا قاص كل واحد منهم صاحبه فى حساب أوغيره اه واذا اختلف الجنس وتقاصا كأن كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فاذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقى منها كذا فى الظهيرية وفى فروق الكرابيسى من النفقات واذا طلبت المرأة النفقة وكان للزوج عليها دين فقال الزوج احسبوا لها نفقتها منه كان جائزا لانهما من جنس الدراهم والدنانير فتقع المقاصة عند التراضى فرق بين هذا وبين سائر الديون فان هناك المقاصة تقع من غير التراضى وهنا شرط التراضى والفرق ان دين النفقة أدنى لما ذكرنا فلا تقع المقاصة الا بالتراضى كما لو كان أحد الدينين جيدا والآخر رديئا بخلاف سائر الديون لانها جنس واحد فلا يشترط التراضى اه وتقدم شئ من فوائد التقاص فى باب أم الولد فارجع اليه (قوله وغالب الفضة والذهب فضة وذهب) يعنى فلا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذهما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون خلقيا فيعسر التمييز فصار كالردىء وهو والجيد سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش معدوما فلا اعتبار له أصلا بخلاف ما اذا غلب الغش فان للمغلوب اعتبارا كما سيأتى اه (قوله وغالب الغش ليس فى حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا) أى وزنا وعددا لان الحكم للغالب فلا يضر التفاضل لجعل الغش مقابلا بالفضة أو الذهب الذى فى الآخر ولكن يشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ويشترط فى الغش أيضا لانه لا يتميز الا بضرر وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لابد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذى فى المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالمغشوش بالغالب حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على سبيل الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بهما فجعل كانه كله فضة أو ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق ان الفضة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا بالوزن ومآلا بالاذابة لكونهما يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبرا فى نصاب الزكاة بخلاف الغش المغلوب لانه يحترق ويهلك ولا لون حتى لو عرف ان الفضة أو الذهب الذى فى الغش الغالب يحترق ويهلك كان حكمه حكم النحاس الخالص فلا يعتبران أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا لان كان موزونا للربا وفى الهداية ومشايخنا يعنى مشايخ ماوراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز

وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بهما ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بهما الا وزنا وغالب الغش ليس فى حكم الدراهم والدنانير فيصح بيعها بجنسها متفاضلا

(قوله لانه لا يتميز الا بضرر) أى اشتراط قبض الغش ليس لذاته بل لانه لا يمكن فصله عن الفضة الخالصة التى يشترط قبضها لا يقال ان النحاس الذى هو الغش موزون أيضا فقد وجد القدر فيشترط فيه التقابض لذاته لا لضرر تخلصه لانا نقول وزن الدراهم غير وزن النحاس ونحوه فلم يجمعهما قدر والا لزم أن لا يجوز بيع القطن والزيت ونحوه مما يوزن الا اذا كان الثمن من الدراهم مقبوضا فى المجلس ولم يصح فيها السلم (قوله والفرق ان الفضة أو الذهب الخ) قال الرملى عبارة الزيلعى والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة من حيث اللون ومآلا بالاذابة فان

والتبايع والاستقراض بما يروج عددا أو وزنا أو بهما ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا وتتعين بالتعين ان كانت لا تروج والمتساوى كغالب الفضة فى التبايع والاستقراض وفى الصرف كغالب الغش ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيأ وكسدت بطل البيع

الفضة أو الذهب يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب فى الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له فى الحال أيضا الخ وهو أفهم للمقصود مما هنا (قول المصنف ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيأ وكسد بطل البيع) أى انفسخ ان فسخه من له الدراهم لا مطلقا كما ينبه عليه بعد نحو ورقة وتامله مع التعليل لمذهب الامام الآتى اه قلت وفى غاية البيان وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها والاول أظهر (قوله والانقطاع

ذلك أى بيعها بجنسها متفاضلا فى العدالى والغطارفة مع ان الغش فيها أكثر من الفضة لانها أعز الاموال فى ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فان الناس حينئذ يعتادون فى الاموال النفيسة فيتدرجون ذلك فى النقود الخالصة والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء وآخرها الفاء ابن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد والعدالى بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة وهى الدراهم المنسوبة الى العدال وكانه اسم ملك نسب اليه درهم فيه غش كذا فى البناية والغش بمعنى المغشوش وهو غير الخالص كذا فى القاموس (قوله والتبايع والاستقراض بما يروج عددا أو وزنا أو بهما) لان المعتبر فيهما الا نص فيه العادة لانها صارت بغلبة الغش كالفلوس فيعتبر فيها العادة كالفلوس فان كانت تروج بالوزن فبه او بالعدد فبه وبهما فبكل منهما (قوله ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا) يعنى مادامت تروج لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى (قوله وتتعين بالتعين ان كانت لا تروج) لزوال المقتضى للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها فى الاصل سلعة وانما صارت أثمانا بالاصطلاح فاذا ترك كذا المعاملة بها رجعت الى أصلها وان كان يأخذها البعض فهى مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها فى الاول وعدمه فى الثانى وأشار بالتعين عند عدم رواجها وبعدمه عند رواجها الى انها اذا هلكت قبل القبض لا يبطل العقد ان كانت رائجة ويبطل ان لم تكن وأطلق فى تعينها وهو مقيد بما اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل ان الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهى فى حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو فى المرابحة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذين يقبلونها وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الاروج فان استوت فى الرواج جرى التفصيل الذى أسلفناه فى أول كتاب البيع كذا فى فتح القدير (قوله والمتساوى كغالب الفضة فى التبايع والاستقراض وفى الصرف كغالب الغش) يعنى فلا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا واذا أشار اليها فى المبايعة كان بيانا لقدرها ووصفها ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطيه مثلها لكونها ثمنا لم تتعين واما فى الصرف فيجب بيعها بجنسها على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لم يجز حتى يكون الخالص أكثر مما فيه الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما وفى الخانية ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز التفاضل فظاهره انه أراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو مخالف لما ذكرنا ووجهه ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة فى حق الصرف احتياطا (قوله ولو اشترى بها أو بفلوس نافقة شيأ وكسدت بطل البيع) أى اشترى بالدراهم التى غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقها بالثمن ولم يسلمها المشترى الى البائع ثم كسدت بطل البيع والانقطاع

عن أيدي الناس كالكساد وحكم الدراهم كذلك وان اشترى بالدراهم ثم كسدت أو انقطعت بطل البيع و يجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما ومثله ان كان هالكا وكان مثليا والا فقيمته وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وهذا عند الامام وقالا لا يبطل البيع لان المتعذر انما هو التسليم بعد الكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج كما لو اشترى شيأ بالرطب ثم انقطع واذا لم يبطل وتعذر تسليمه وجبت قيمته لكن عند أبي يوسف يوم البيع وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس بها وفي الذخيرة الفتوى على قول أبي يوسف وفي المحيط والتتمة والحقائق بقول محمد يفتي رفقا بالناس ولابي حنيفة ان الثمنية بالاصطلاح فتبطل لزوال الموجب فيبقى البيع بلا ثمن والعقد انما تناول عينها بصفة الثمنية وقد انعدمت بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالبا في العام القابل بخلاف النحاس فانه بالكساد رجع الى أصله فكان الغالب عدم العود والكساد لغة كما في المصباح من كسد الشئ يكسد من باب قتل لم ينفق لقلة الرغبات فهو كاسد وكسد يتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله وكسدت السوق فهي كاسد بغير هاء في الصحاح وبالهاء في التهذيب ويقال أصل الكساد الفساد اه وفقها أن يترك المعاملة بها في جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل لكنه تعيب اذا لم ترج في بلدهم فتخير البائع اذا شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت هكذا في الرواية وفي فتح القدير ما ذكر للكساد ذكره في العيون وقالوا انه على قول محمد وأما على قولهما فلا وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكاسد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا ومثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك اه قيد بالكساد ومثله الانقطاع لانها لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري و يطالب بالف بذلك العيار الذي كان وقت البيع كذا في فتح القدير وفي المصباح نفقت الدراهم نفقا من باب تعب نفدت و يتعدى بالهمزة فيقال أنفقتها قيدنا بكونها لم تقبض لان البائع لو قبضها ثم كسدت فلا شئ له وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له اه وفي البزازية معزيا الى المنتقى غلت الفلوس القرض أو رخصت فعند الامام الاول والثاني أولا ليس عليه غيرها وقال الثاني ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى وهكذا في الذخيرة والخلاصة بالعزو الى المنتقى وفي فتاوى قاضيخان يلزمه المثل وهكذا ذكر الاسبيجابي قال ولا ينظر الى القيمة ولكن صورها فيما اذا باع مائة فلس بدرهم وقولهم عن المنتقى يلزمه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض لعله بالتوزيع فقوله يوم البيع عائد الى البيع وقوله يوم القبض عائد الى القرض وفي البزازية والاجارة كالبيع والدين على هذا وفي النكاح يلزمه قيمة تلك الدراهم وان كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد في الباقي

في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة فليس بمنقطع والاول أصح اه ذكره الغزي اه (قوله وحكم الدراهم كذلك) قال الرملي يريد به الدراهم التي لم يغلب عليها الغش كما هو ظاهر فعلى هذا لا يختص هذا الحكم بغالب الغش ولا بالفلوس فالتنصيص عليهما دون الدراهم الجيدة لغلبة الكساد فيما دونها تأمل (قوله وقالوا انه على قول محمد الخ) قال في النهر واعترضهم في الحواشي السعدية بان محمدا لا يقول بان الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل أقول وكذا أبو يوسف لا يقول به أيضا كما قد علمت فكيف يكتفي للفساد بالكساد في تلك البلدة على قوله ثم رأيت بعد التأمل ان مما يجب المصير اليه في الجواب ان ما في العيون مبني على ما جرى عليه في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي من ان الفساد بالكساد في الفلوس قول الكل وان الخلاف الاول مقصور على الدراهم المغشوشة وسوى القدوري بين الكل وهو الوجه اذ لا فرق يظهر ولم أر من أفصح عن هذا والله تعالى الموفق (قوله وفي البزازية والاجارة كالبيع والدين على هذا الخ) يوهم انه من تعلقات الغلاء والرخص وليس كذلك

وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم تتعين وبالكاسدة لا حتى يعينها ولو كسدت أفلاس القرض يجب ردمثلها ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح ومن أعطى صيرفيا درهما وقال اعطني به نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة صح

(قوله وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم تتعين) لانها أموال معلومة وصارت أثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت فى الذمة كالنقدين ولا تتعين وان عينها كالنقد الا اذا قالا أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع وهذا على قولهما وأما على قول محمد لا يتعين وان صرحا وأصله أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل فى حقهما كما قدمناه (قوله وبالكاسدة لا حتى يعينها) لانها سلع فلابد من تعينها (قوله ولو كسدت أفلاس القرض يجب ردمثلها) أى عددا عند أبى حنيفة وقالا عليه رد قيمتها لتعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود لا ففاتت المماثلة فصار كما لو استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف عليه القيمة يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد انظر فى حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وكذا فى حق المقرض بالنظر الى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف أيسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج ولابى حنيفة أن القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه والاختلاف مبنى على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب ثم انقطع عن أيدى الناس وجبت قيمته اجماعا لكن عند أبى حنيفة يوم الخصومة وعند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وفى الخانية والفتاوى الصغرى والبزازية الفتوى على قول محمد رفقا بالناس وفى المصباح الفلس الذى يتعامل به وجمعه فى القلة أفلس وفى الكثرة فلوس وفى فتح القدير وأما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف فى قياس قول أبى حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لروايته فى الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وفى البزازية وكذا الخلاف ان أقرضه طعاما بالعراق وأخذه بمكة فعند الثانى عليه قيمته يوم قبضه بالعراق وعند محمد قيمته بالعراق يوم اختصما وكذا الخلاف فى الفلوس المغصوبة اذا كسدت حال قيام العين وكذا العدالى ثم قال ولو اشترى بالنقد الرائج وتقابضا ثم تقايلا بعد كساده رد البائع المثل لا القيمة عند الامام ولو اشترى بالنقد الكاسد بلا اشارة وتعيين فالعقد فاسد كالكساد الطارئ وقالوا لو كان مكانه نكاح وجب مهر المثل وفيه نظر ويجب أن يقال لو قيمة الكاسد عشرة أو أكثر فهى لها وان أقل فتمام العشرة وان طرأ الكساد العام فى كل الاقطار ثم راجت قبل فسخ البيع يعود البيع جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ اه فعلى هذا قول المصنف سابقا بطل البيع أى انفسخ ان فسخه من له الدراهم لا مطلقا اه (قوله ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس لان التبايع بهذا الطريق متعارف فى القليل معلوم بين الناس لا تفاوت فيه فلا يؤدى الى النزاع قيد بما دون الدرهم لانه لو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد أو بدرهمين فلوس لا يجوز عند محمد لعدم العرف وجوزه أبو يوسف فى الكل للعرف وهو الاصح كذا فى الكافى والمجتبى والدانق سدس درهم والقيراط نصف السدس (قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال اعطنى به نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة صح) لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس قيد بقوله به لانه لو قال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة بطل فى الكل على قياس قوله وعندهما صح فى الفلوس وبطل فيما قابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يتعدى وأصله أن

لان البزازى انما أورد ذلك فى المنقطع المساوى حكمه للكساد كذا نبه عليه شيخنا اهـ أبو السعود (قوله وفى فتح القدير وأما اذا استقرض دراهم غالبة الغش الخ) اعلم ان تقييد الاختلاف فى رد المثل أو القيمة بالكساد يشير الى انها اذا غلت أو رخصت وجب رد المثل بالاتفاق وقد مر نظيره فيما اذا اشترى بغالب الغش أو بفلوس نافقة واعلم انه استفيد من كلامه ان تقييد الكساد بافلس القرض ليس احترازيا بدليل انه حكى

العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع فهنا صور الاولى مسئلة الكتاب اعطني به نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة صح اتفاقا الثانية اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة فسد في الكل عنده وفي الفضة فقط عندهما الثالثة اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس فقط ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم به مما قدمه وحاصله ان تفرقا قبل القبض فسد في النصف الا حبة لكونه صرفا الا في الفلوس لانها بيع فيكفي قبض أحد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل للافتراق عن دين بدين وقدمنا شيئا من أحكام الفلوس في باب الربا وفي هذا الباب والى هنا ظهر أن الاموال ثلاثة ثمن بكل حال وهو النقدان صحبه الباء أولا قوبل بجنسه أولا ومبيع بكل حال كالثياب والدواب وثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات غير النقدين من المكيل والموزون فان كان معينا في العقد كان مبيعا والا وصحبه الباء وقوبل بمبيع فهو ثمن وثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كانت رائجة فهي ثمن والا فسلعة ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل بهلاكه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم وحكم المبيع خلافه في الكل ومن حكمها وجوب التساوي عند المقابلة بالجنس في المقدرات الى آخر ما قدمناه في باب الربا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الكفالة ﴾

ذكرها عقب البيوع لانها غالبا تكون بالثمن أو بالمبيع ومناسبتها للصرف لانها تكون آخرا عند الرجوع معاوضة عما يثبت في الذمة من الاثمان وقدمه عليها لانه من البيوع والكلام فيها في عشرة مواضع الاول في معناها لغة قال في المصباح كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة وحكى أبو زيد سماعا من العرب من بابي تعب وقرب وحكى ابن القطاع كفلت وكفلت به وعنه اذا تحملت به ويتعدى الى مفعول ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما وقد يثبت مع المثقل قال ابن الانباري تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي وقال أبو زيد تحملت به وقال في المجمع كفلت به كفالة وكفلت عنه بالمال لغريمه حقوق بينهما وكفلت الرجل والصغير من باب قتل كفالة أيضا عائته وقمت به ويتعدى بالتضعيف الى مفعول ثان يقال كفلت زيدا الصغير والفاعل من كفالة المال كفيل به للرجل والمرأة وقال ابن الاعرابي وكافل أيضا مثل ضمين وضامن وفرق الليث بينهما فقال الكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول انسانا وينفق عليه والكفل وزان حمل الضعف من الاجر أو الاثم والكفل بفتحتين العجز اه وفي المغرب الكفيل الضامن وتركيبه دال على الضم والتضمن والكفالة ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة اه الثاني في معناها شرعا فقد اختلف فيه وقد أشار الى الاصح بقوله (هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) الضم الجمع ومن الفقهاء من جعل الضمان مشتقا من الضم وهو غلط من جهة الاشتقاق لان نون الضمان أصلية والضم لا نون فيه فهما مادتان مختلفتان كذا في المصباح والذمة العهد والامان والضمان وقولهم في ذمتي كذا أي في ضماني والجمع ذمم مثل سدرة وسدر كذا في المصباح وقال الاصوليون ان الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه وفي التحرير والذمة وصف شرعي به

الخلاف في رد المثل أو القيمة فيما اذا كان القرض الذي كسد مما غلب غشه وانظر حكم ما اذا اقترض من فضة خالصة أو غالبة أو مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف أو يجب رد المثل بالاتفاق أبو السعود (قوله حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا الخ) قال في الشرنبلالية لكن قالوا فيه اشكال لان قوله اعطني مساومة كلفظ بعني وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال تكرار اعطني يدل على ان مقصوده تفريق العقد فحمل على انهما عقدا عقدين كذا في شرح المجمع

﴿ كتاب الكفالة ﴾

﴿ كتاب الكفالة ﴾

هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة

الاهلية لوجوب ماله وعليه وفسرها فخر الاسلام بالنفس والرقبة التي لها عهد والمراد أنها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من باب اطلاق الحال وارادة المحل اه والمطالبة من طالبته مطالبة وطلابا من باب قاتل كذا في المصباح وحاصله أن الكفيل والمكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال أولا كما في الكفالة بالنفس فان المطلوب من الاصيل المال ومن الكفيل احضار النفس ولفظ المطالبة باطلاقه ينتظمهما هذا على رأى بعضهم وجزم مسكين بان المطلوب منهما واحد وهو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم نفسه والكفيل قد التزمه وقيد بالمطالبة لدفع قول من قال انها الضم في الدين فيثبت الدين في ذمة الكفيل من غير سقوط عن الاصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يظن مانعا من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين على هذا القول دفعه في المبسوط بانه لا مانع لانه لا يستوفى الا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفى الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشئ الواحد في ذمتين انما يمتنع في عين تثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكره المصنف أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في ذمتين وان أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل كذا في فتح القدير وكذا الوصي والولي والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شئ في ذمتهم وكذا كل أمين يطالب برد الامانة ولا شئ في ذمته وكذا سيد العبد المأذون المديون مطالب ببيعه أو فدائه ولا دين عليه وأما الجواب عن الهبة والابراء فانا جعلناه في حكم دينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عنده أما قبله فلا ضرورة ولا داعي الى ذلك وفي فتح القدير ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فعل يقتضي أن يكون في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه اه وقد يقال انما وجب عليه لاسقاط المطالبة عنه وأبو حنيفة انما جعله فعلا لسقوطه عن الميت اذ لا يتأتى الفعل منه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس وليس مراده أن حقيقته الفعل لانه وصف قائم بالذمة وانما مراده أن المقصود منه الفعل كما لا يخفى وقد صرحوا في مواضع بانه وصف ولذا قالوا الديون تقضى بامثالها لان ما في الذمة لا يمكن تسليمه وفي الايضاح أخذا من الغاية أن تعريفها بالضم في الدين لا ينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل اه قلت نعم لا يشمل لكن المعرف لها بذلك انما أراد تعريف الكفالة بالمال فان أصل الخلاف نشأ من أن الكفيل هل يثبت في ذمته المال أولا ثم رأيت صاحب البدائع أشار الى ذلك في بيان حكمها ولم يذكر الشارحون لهذا الاختلاف ثمرة فان الاتفاق على أن الدين لا يستوفى الا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وان هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الاصيل ولو اشترى الطالب بالدين شيأ من الكفيل صح مع أن

الشراء

(قوله ثم رأيت صاحب البدائع الخ) قال الغزي قلت ورأيت بخط قديم على حاشية شرح المجمع لابن ملك ما صورته وفائدة كون الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة لا في الدين على القول الاصح انه اذا مات الكفيل بعد تعذر الاستيفاء من الاصيل يأخذ الطالب الدين من تركة الكفيل على قول بعض المشايخ لانه مديون على قولهم ولا يأخذ على القول الاصح لان حق الطالب على الكفيل في المطالبة فحسب وكذا اذا أبرأ الطالب الاصيل برئ الكفيل من غير عكس هذا على القول الصحيح وأما على قول بعض المشايخ فلا يبرأ كل واحد من الكفيل والاصيل بابراء الطالب عن أحدهما بل له الاخذ من الكفيل اذا أبرأ الاصيل وكذا عكسه لان كل واحد مديون ومطالب اه بلفظه لكنه لم يعزه الى كتاب فليحرر من الكتب المعتمدة والله تعالى أعلم اه كذا في حاشية الرملي أقول وجهه ظاهر وسيأتي متنا انه لو أبرئ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه ولا ينعكس مع ان المصنف مشى على القول بانها الضم في المطالبة وسيأتي هناك عن الغزي أيضا ان الذي في الكتب المعتمدة ان المال يحل بموت الكفيل وانه يؤخذ من تركته

الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح ويمكن أن يقال انها تظهر فيما اذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فعلى الاصح لا يحنث وعلى الضعيف يحنث وجهد المقل دموعه وسيأتي عند قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ما يقتضي أن يكون ثمرة وفي الخانية رجل ادعى على غيره أنه ضمن له عن فلان الغائب كذا كذا درهما قال الشيخ الامام يحلفه بالله ماله عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي وعن أبي يوسف ان عرض المدعى عليه للقاضي فانه يحلفه بالله ماله عليك هذا المال من الوجه الذي يدعي وان لم يعرض حلفه بالله ما ضمن والتعريض أن يقول المدعى عليه ان الرجل قد يضمن مالا ثم يؤدي أو يبرئه الطالب أو يؤديه المضمون عنه فيبرأ الضامن اه وينبغي أن يكون قول الشيخ الامام مفرعا على أنها الضم في الدين وما عن أبي يوسف مفرع على الاصح كما لا يخفى ومما يضعف أنها الضم في الدين أن المديون لو دفع الدين ثم كفل به انسان قالوا لا يصح مع قولهم ببقاء الدين بعد الدفع وأن الساقط المطالبة بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس الثالث في بيان ركنها قالوا هو الايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعلها تتم بالكفيل وحده في المال والنفس واختلف على قوله فقيل يتوقف على اجازة الطالب وقيل تنفذ وللطالب الرد وثمرة الخلاف فيما اذا مات المكفول له قبل القبول فمن قال بالتوقف قال لا يؤاخذ الكفيل الرابع في شرائطها وهي أربعة أنواع في الكفيل والاصيل والطالب والمكفول به ثم منها ماهو شرط الانعقاد ومنها ماهو شرط النفاذ أما شرائط الكفيل فالعقل والبلوغ وهما شرطان للانعقاد فلا ينعقد كفالة مجنون وصبي الا اذا استدان الولي دينا في نفقة اليتيم وأمره بان يضمن المال عنه فانه صحيح ولو أمره بكفالة نفسه عنه لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصي فلم يكن عليه

(قوله وينبغي أن يكون قول الشيخ الامام الخ) قال في النهر هذا وهم منشؤه توهم ان قوله ماله عليك هذا المال يفيد ما ادعاه وليس كذلك اذ معناه ماله عليك المطالبة به وكيف يصح على ما ادعاه ان يكون ما عن الثاني مفرعا على الاصح وهو يوافقه فيما اذا عرض المدعى عليه فتارة يفرع على الاول وتارة على الثاني ما هذا الا التواني (قوله الثالث في بيان ركنها قالوا هو الايجاب والقبول) قال الرملي أقول أي عندهما وهو قول أبي يوسف أولا حتى انها لا تتم بالكفيل وحده مالم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بان قال الطالب أكفل بنفس فلان لي فقال كفلت أو قال رجل أجنبي لغيره اكفل بنفس فلان أو قال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت تصح الكفالة وتقف على ماوراء المجلس على اجازة المكفول له وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته أما اذا لم يوجد شيء من ذلك فقال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان على فلان من الدين فانها لا تقف على ماوراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لم تصح تتارخانيه وفي جامع الفصولين الكفالة للصبي لم تجز قيل له هو حجر على المضار لا المنافع بدليل قبول الهدية والصدقة وفي هذا منفعة فتجوز قال الهبة والصدقة تصح بالفعل وفعله معتبر وأما هنا فلا بد من قول وقوله لم يعتبر كذا ذكره في الكفالة وذكر في الاحكام لو كان الصبي تاجرا صحت الكفالة ولو خاطب عنه أجنبي وقبل عنه توقفت على اجازة وكيله فان لم يخاطب أجنبي ولا وليه وانما خاطب الصبي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا تصح وعند أبي يوسف تصح اه والولي الاب أو الجد عند عدمه أو الوصي من أحدهما أو القاضي لو لا أب ولا جد ولا وصي منهما (قوله وثمرة الخلاف الخ) قال الرملي يفهم منه انه لا يشترط على قوله في المجلس بل يصح قبل موته ويفهم منه أيضا صحته على قوله ولو بعد موت الكفيل والمكفول عنه تامل (قوله الا اذا استدان الولي دينا الخ) قال في النهر ثم رأيته في المحيط عزا المسئلة الى المبسوط ولفظه في كفالة الصبي واذا استدان له أبوه أو وصيه وأمر أن يكفل عنه في الدين وبنفسه جازت الكفالة بالدين دون النفس لان الاب أو الوصي متى استدان على الصبي للنفقة كان لهما الرجوع بذلك في مال الصبي فكان أداء الدين على الصبي الا ان الوصي ينوب عنه في الاداء فاذا أمر بالضمان فقد أذن له بالاداء وهو يملك الاداء بنفسه فيجب عليه الاداء فلم يكن هذا الضمان تبرعا اه وهو صريح في ان الصبي يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاه لكان الطلب انما هو على الولي وبهذا التقرير بطل قول عصري هذا الاستثناء مستدرك بل لا تصح كفالة الصبي مطلقا فتدبره اه قلت ومثل ما نقله عن المحيط مذكور في الولوالجية

(قوله وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما) قال في النهر وينبغي أن يقيد ذلك بما اذا كانت بامره ثم رأيته كذلك في عقد الفرائد معزيا الى المبسوط حيث قال وكفالة العبد التاجر عن سيده بمال أو بنفسه بغير اذنه باطل (قوله الثاني أن يكون معلوما) قال الرملي وأما المكفول عنه فسيأتي قريبا في الحاشية نقلا عن التتارخانية انهما لو شهدا انه كفل لهذا الرجل

بنفس رجل نعرفه بوجهه ولكن لا نعرفه باسمه فهو جائز وان قال اكفل بنفس رجل لا نعرفه لا بوجهه ولا باسمه فالشهادة جائزة وان هذه المسألة دليل على انه لا تشترط تسمية المكفول عنه وذكر نسبه تامل (قوله فالاول أن يكون مضمونا على الاصيل) قال الرملي يعلم بذلك جواب واقعة الفتوى وهي الكفالة بالمسلم فيه في السلم الفاسد وهو عدم صحتها الان المكفول به غير مضمون على الاصيل وسيأتي ان الكفالة بالمال شرطها أن يكون الدين صحيحا وسيأتي في شرح قوله وصح لو ثمنا انه لو كفل بالثمن ثم ظهر فساد البيع يرجع الكفيل بما دفعه وكيف صح به وهو لا يطالب به الاصيل فاني يطالب به الكفيل تامل (قوله فلا تجوز ببدل الكتابة) قال في النهر وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو المضي لما قدمناه من انها لا تصير دينا الا بها وبدل الكتابة دين الا انه ضعيف ولا تصح الكفالة به فما ليس دينا أولى وقد أفتيت به (قوله والكفيل وهو الملتزم) قال الرملي ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا وقبيلا قال الماوردي غير ان العرف جار بان الضمين مستعمل في الاموال والحميل في الديات والزعيم في الاموال

فكان متبرعا به فلم يجز والحرية شرط نفاذها فلم ينفذ كفالة العبد ولو مأذونا له في التجارة ويؤاخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي لا يؤاخذ بها بعد البلوغ لعدم انعقادها فان أذن المولى لعبده فيها فان كان مديونا لم يجز والا جازت ويباع فيها الا ان فداه ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه ويطالب بها بعد عتقه وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما ولا يشترط أن يكون الكفيل صحيحا فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع وأما شرائط الاصيل فالاول أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه أو بنائبه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس الثاني أن يكون معلوما فلو كفل بما على واحد لم تصح ولا يشترط أن يكون حرا بالغا عاقلا وأما شرائط المكفول له فالاول أن يكون معلوما الثاني وجوده في مجلس العقد وهو شرط الانعقاد وقد تقدم في بيان الركن وتفرع على اشتراط قبوله أنه لا بد من عقله لا حريته وأما شرائط المكفول به فالاول أن يكون مضمونا على الاصيل دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة لنفسها الثاني أن يكون مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود والقصاص الثالث أن يكون الدين لازما وهو خاص بالكفالة فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة ولا يشترط أن يكون معلوم القدر الكل من البدائع مختصرا الخامس في سببها قالوا سبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى أو ازالة للاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه وسبب شرعيتها رفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه السادس في حكمها ففي البدائع لها حكمان أحدهما ثبوت مطالبة الكفيل بما على الاصيل فان كان عليه دين طولب بكله الكفيل ان كان واحدا وان كانا اثنين طولب كل واحد بنصفه وفي الكفالة بالنفس يطالب باحضاره ان أمكن كما سيأتي والكفيل بالعين يطالب بتسليمها حال قيامها وببدلها حال هلاكها وبالتسليم يطالب بها وبالفعل جميعا وقدمنا أنه يصح اشتراط الخيار فيها أكثر من ثلاثة فيما يصح تعليقه ومالا يصح قبيل الصرف السابع في صفتها فهي عقد جائز به لازم وسيأتي أن له الرجوع عنها في مسألة بايع فلانا فما بايعته فهو علي الثامن في محاسنها ومساويها فمحاسنها جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه فقد كفاهما مؤنة ما أهمهما وهو نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت من الافعال العالية حتى امتن الله بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد المتضمن للامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها ومساويها كما في المجتبى قال الامتناع عن التكفل أقرب الى الاحتياط لانه مكتوب في التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة اهـ التاسع في أنواعها سيأتي أنها نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال العاشر في دليلها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذي وفي الدر المنثور الزعيم الكفيل وغارم من الغرم وهو أداء شئ لازم اهـ ويحتاج الى معرفة أسامي أربعة المكفول عنه وهو المدين والمكفول له وهو الدائن والكفيل وهو

الملتزم

الملتزم والمكفول به وهو الدين ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه كذا في التتارخانية (قوله وتصح بالنفس وان تعددت) أي الكفالة بان أخذ منه كفيلا ثم كفيلا ثم آخر وجاز رجوع الضمير الى النفس بان كفل واحد نفوسا كما يجوز بالديون الكثيرة لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ولا يقال لاغرم في كفالة النفس لانا نقول الغرم لزوم ضرر عليه ومنه قوله تعالى أن عذابها كان غراما ويمكنه العمل بموجبها بان يخلي بينه وبين المكفول أو يرافقه اذا دعاه أو يكرهه بالحضور الى مجلس القاضي وان لم يقدر استعان باعوان القاضي ولانه التزم ماهو واجب على الاصيل وهو حضوره الى مجلس القاضي وسيأتي حكم ما اذا تعدد الكفيل فسلم البعض هل يبرأ الباقي فان قلت هل يجبر أحد على اعطاء الكفيل بالنفس قلت يجبر المدعى عليه على اعطاء الكفيل بمجرد الدعوى سواء كان المدعى عليه معروفا أولا في ظاهر الرواية الا اذا كان غريبا وسيأتي في كتاب الدعوى وفي القنية ليس للمدعي ولا للقاضي طلب الكفيل بقوله لي عليه دعوى قبل بيان الدعوى واذا طلب القاضي منه كفيلا وامتنع لا يحبسه القاضي وانما يأمره بالملازمة كذا في البزازية وفي البزازية وفي الدين المؤجل اذا قرب الحلول وأراد المديون السفر لا يجب اعطاء الكفيل وفي الصغرى ليس له مطالبة الكفيل ولم يقيد بالمؤجل وقال الثاني لو قيل له طلب الكفيل قياسا على نفقة شهر لا يبعد وفي المنتقى قال رب الدين مديوني يريد السفر له التكفيل وان كان الدين مؤجلا وفي الظهيرية قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لا يجيبها الحاكم الى ذلك لانها لم تجب بعد واستحسن الامام الثاني أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه وفي المحيط لو أفتى بقول الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس وفي شرح المنظومة لابن الشحنة وهذا ترجيح من صاحب المحيط اهـ وفي القنية ان عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل والا فلا وجاز أن يكون المراد من تعددها أن يكون للكفيل كفيل ولذا قال في الخانية الكفيل بالنفس اذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الاصيل برئ الكفيلان وكذا لو مات الكفيل الاول برئ الكفيل الثاني اهـ وأشار بجواز تعددها الى أن المكفول له اذا أخذ من الاصيل كفيلا آخر بعد الاول لم يبرأ الاول كذا في الخانية فلقوله وان تعددت ثلاثة أوجه (قوله بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شائع) أي تصح الكفالة بالنفس بقوله كفلت بنفس فلان أو برأسه أو وجهه ورقبته وعنقه وكل عضو منه يعبر به عن جميع البدن أو بثلثه أو ربعه وقد قدمناه في الطلاق وقد ذكروا صحة الكفالة بالروح ولم يذكروه في الطلاق وينبغي الوقوع به وذكروا في الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا وينبغي صحة الكفالة به اذا كانت امرأة كذا في التتارخانية ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى ما اذا كفل بعينه قال البلخي لا يصح كما في الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن تصح الكفالة به كالطلاق اذا تعين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويأتي في دمه ما تقدم في الطلاق كذا في فتح القدير قيدنا بكونه جزء الكفيل عنه لان الكفيل لو أضاف الجزء اليه بان قال الكفيل كفل لك نصفي أو ثلثي فانه لا يجوز ذكره في الكرخي في باب الرهن كذا في السراج الوهاج (قوله وبضمنته) أي تصح بقوله ضمنت لك فلانا لانه تصريح بمقتضاها

العظام والكفيل في النفوس والصبير في الجميع وكالضمين فيما قاله الضامن وكالكفيل الكافل وكالصبير القبيل قال أبو حيان في بحره والزعيم لغة أهل المدينة والحميل لغة أهل مصر والكفيل لغة أهل العراق كذا في شرح الروض لشيخ الاسلام زكريا (قوله ولا يقال مكفول عنه) قال الرملي قد وجدنا بعضهم يقوله وسيأتي قريبا فيما كتبناه في الحاشية نقلا عن التتارخانية يعزوه للذخيرة (قول المصنف بكفلت بنفسه) قال الرملي كفل بفتح الفاء أفصح من كسرها وقال شيخ الاسلام زكريا في شرح الروض وقال فان قلت كفل متعد بنفسه كقوله تعالى وكفلها زكريا فلم عداه المصنف بغيره وعبارة المصنف كفل باحد الرجلين قلت ذلك بمعنى عال وماهنا بمعنى ضمن والتزم واستعمال كثير من الفقهاء له متعديا بنفسه مؤول فان صاحب الصحاح والقاموس وغيرهما من

وتصح بالنفس وان تعددت بكفلت بنفسه وبما عبر به عن البدن وبجزء شائع وبضمنته

قيد بقوله ضمنته لانه لو قال أنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لا يكون كفيلا لانه لم يبين المضمون نفسا أو مالا كذا في الخانية وفي السراج الوهاج لو قال على حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو جائز لان قوله هو على ضمان مضاف الى العين وجعل الالتقاء غاية له وفي التتارخانية هو على حتى تجتمعا فهو كفيل الى الغاية التي ذكرها وعلى هذا فلو قال حتى تلتقيا فهو كفيل الى الغاية اه (قوله وبعلى) لأن كلمة على للوجوب فهي صيغة التزام وفي التتارخانية قال لك عندي هذا الرجل أو قال دعه الى كانت كفالة (قوله والى) بمعناه لقوله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالى أي يتيما فالى ومن ترك مالا فلورثته (قوله وأنا زعيم) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأنا به زعيم أي كفيل كذا ذكر الشارحون لكن ذكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ان من الناس من يظن أن قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ان ذلك كفالة وليس منها في شئ لان القائل مستأجر لمن جاء به وهو الذي يلزمه ضمان الاجرة التي عقد عليها لمن جاء به وليس ضمانا عن أحد وجوابه يحمل على انه كان رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب الاحكام عليه كان يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل على الملك كفيل وذكر الفخر الرازي بعدما قررا نها دليل الكفالة الا أن هذه كفالة لرد مال السرقة وهو كفالة مالم يجب لانه لا يحل للسارق أن يأخذ شيأ على رد السرقة ولعل مثل هذه الكفالة كانت تصح عندهم اه وذكر القاضي أن في هذه الآية دليلا على جواز الجعالة وضمان الجعل قبل تمام العمل اه وفي الدر المنثور للاسيوطي عن مجاهد في قوله وأنا به زعيم قال الزعيم هو المؤذن الذي قال أيتها العير اه (قوله وقبيل به) أي بفلان لان القبيل هو الكفيل ولذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان وفي الصحاح القبيل الكفيل والعريف وقد قبل به يقبل به قبالة ونحن في قبالته أي في عرافته والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعدا من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب والجمع قبل اه وفي التتارخانية أنا قبيل لك بنفس فلان كان كفيلا كما لو قال على ان آتيك به سواء (قوله لا بأنا ضامن لمعرفته) أي لا تصح بهذا القول وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة ووجه ما في الكتاب أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أوقفك عليه وقال الفقيه أبو الليث هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عنهما وفي خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية كذا في فتح القدير وفي الخلاصة وعليه الفتوى قيد بالمعرفة لانه لو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه اللزوم لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي الامعرفة الكفيل للمطلوب كذا في فتح القدير ولو قال أنا ضامن لوجهه فانه يؤخذ به لان الوجه يعبر به عن الجملة فكأنه قال أنا ضامن له كذا في السراج الوهاج وأشار الى أنه لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا كما في السراج وفي الخانية ولو قال أنا كفيل لمعرفة فلان لا يكون كفيلا ولو قال معرفة فلان على قالوا يلزمه أن يدل عليه اه وفي التتارخانية ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة ثم قال لو كفل بنفس

هذا الرجل فقال ضمنت أو أنا ضامن صح لان السؤال معاد في الجواب فصل البيان اه هذا ونقل بعض الفضلاء عن الشلبي قد راجعت نقولا كثيرة من المتون والشروح والفتاوى فبعضهم صرح بان ضمنت من ألفاظ الكفالة بالنفس لا الكفالة بالمال ولم أر أحدا من مشايخنا ذكرها

وبعلى والى وأنا زعيم وقبيل به لا بأنا ضامن لمعرفته

في ألفاظ الكفالة بالمال لكن قال الشيخ أبو نصر الاقطع عند قول القدوري في الكفالة بالنفس وكذلك ان قال ضمنته أو هو على أو الى أو أنا زعيم به أو قبيل به فاذا ثبت ان هذه الالفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال اه وينبغي أن يقال هذه الالفاظ ان أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس واذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتمحض حينئذ للكفالة به اه قلت ومفاده ان البيان ليس شرطا في صحتها رجل وانها عند عدمه تحمل على الكفالة بالنفس وهو خلاف ما في الخانية ولا يمكن حمله على ما في السراج لوجود البيان بالاضافة فيه وفرق بين أنا ضامن وبين هو على خلافا لما في المنح تامل (قوله كانت كفالة) قال الرملي أي كانت كفالة بالنفس

رجل وسلمه اليه وبرئ ثم ان الطالب لزم المطلوب فقال له الكفيل دعه وأنا على كفالتي أو على مثل كفالتي لاشك أنه كفالة مبتدأة ولم يذكر المصنف الكفالة المقيدة بالوقت قال في الخانية رجل كفل بنفس رجل الى ثلاثة أيام ذكر في الاصل أنه يصير كفيلا بعد الايام الثلاثة وجعله بمنزلة مالو قال لامرأته أنت طالق الى ثلاثة أيام فان الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام وكذا لو باع عبدا بالف الى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الايام الثلاثة وعن أبي يوسف يصير كفيلا في الحال وقال في الطلاق يقع الطلاق في الحال أيضا وقال الفقيه أبو جعفر يصير كفيلا في الحال قال وذكر الايام الثلاثة لتأخير المطالبة الى ثلاثة أيام لا لتأخير الكفالة ألا ترى أنه لو سلم المكفول به قبل الايام الثلاثة يجبر الطالب على القبول كتعجيل الدين المؤجل وماذكر في الاصل أراد به أن يكون كفيلا مطالبا بعد الثلاثة وغيره أخذ بظاهر الكتاب وقالوا لا يصير كفيلا للحال فاذا مضت قبل تسليم النفس كان كفيلا أبدا الى أن يسلم فاذا قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة أيام صار كفيلا في الحال فاذا مضت العشرة خرج عنها ولو قال أنا كفيل بنفسه الى عشرة أيام فاذا مضت العشرة فاني برىء قال ابن الفضل لا مطالبة عليه بها لا فيها ولا بعدها وذكر في الاصل كفلت بنفس فلان شهرا كان كفيلا أبدا كقوله أنت طالق شهرا ولو قال على نفسه الى شهر عن محمد انه قال لا سبيل عليه حتى يمضي شهر ولو قال نفسه على الى شهر فاذا مضى شهر فانا برىء منه قال هذا لم يضمن شيأ اهـ وفي التتارخانية اذا كفل الى ثلاثة أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب في الحال في ظاهر الرواية وفي السراج وهو الاصح وفي الصغرى وبه يفتى وفي البزازية كفل بنفسه الى شهر على انه برىء اذا مضى شهر قال الفقيه أبو الليث الفتوى على انه لا يصير كفيلا وفي الواقعات الفتوى على انه يصير كفيلا كفل الى شهر طالبه بعد شهر ويبطل ماقاله البعض انه كفيل في الحال مؤجلا الى شهر دل عليه ماذكره عصام أنه لو قال أنت طالق الى شهر يقع بعد الاجل الا أن ينوي الوقوع في الحال دل على انه لا يصير كفيلا في الحال وبه يفتى بخلاف أمرامرأتي بيدها الى شهر حيث يصير الامر بيدها في الحال الى شهر لان الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر يحتمله وكذا الكفالة تحتمل التأقيت ولا نعني بقوله انه كفيل بعد شهر انه ليس بكفيل للحال ألا ترى ان الكفيل لو سلم للحال يجب على الطالب القبول ولو لم يصر كفيلا الا بعد الشهر لما أجبر في الحال لكن ذكر الشهر تأجيل للكفيل حتى لا يطالب للحال ويطالب بعد الاجل اهـ (قوله وان شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه ان طلبه) لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل اذا حل (قوله فان أحضره والا حبسه الحاكم) لامتناعه عن ايفاء ماوجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة حتى يظهر مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المطل وذكر الشارح أنه ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين من انه ان ثبت الدين باقراره لم يعجل بحبسه والا عجل وظاهره انه لم يطلع على نقل في المسئلة وفي البزازية أقر بالكفالة بالنفس أو ثبتت بالبينة عند الحاكم قال الخصاف لا يحبسه فيهما أول مرة وفي ظاهر الرواية كذلك في الاقرار وأما في البينة يحبسه ولو أول مرة اهـ وهكذا في الخانية وصرح فيهما بانه كالدين وفي النهاية هذا اذا لم يظهر عجزه فان ظهر فلا معنى لحبسه الا أنه لا يحال بينهما بل يلازمه كالمديون وفي شرح المنظومة معزيا الى المبسوط لو ادعى الكفيل بالنفس انه دفعه الى وكيل الطالب وأنكر الطالب حلف على علمه لانه استحلاف على فعل الغير بخلاف ما اذا ادعى الكفيل بالنفس انه دفع اليه فانه يستحلف على البتات وفي السراج الوهاج ثلاثة كفلوا رجلا بنفسه كفالة واحدة فاحضره

وان شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه ان طلبه فان أحضره والا حبسه الحاكم

(قوله ويبطل ماقاله البعض الخ) أقول ينبغي أن يكون ماقاله البعض هو المفتى به في زماننا فانه هو المتعارف بين الناس لا يقصدون غيره وقد قالوا ان لفظ عندي للضمان للعرف مع انه للامانة وقالوا أيضا يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه ولغته وان خالفت لغة العرب

أحدهم برؤا جميعا وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون لان الكفالة اذا كانت واحدة فالاحضار المستحق واحد فاذا سلمه واحد لم يبق هناك احضار أحد وأما اذا تفرقت فكل عقد أوجب احضارا على حدة فاحضار واحد لا يسقط احضار غيره ولو تكفلوا بمال كفالة واحدة أو متفرقة فادى واحد جميع المال برئ الباقون لان المكفول به مال واحد فاذا أداه واحد لم يبق على غيره مال اه وفى البزازية كفل بنفس رجل لرجلين فسلمه الى أحدهما برئ له والآخر على حقه لان كلا منهما ليس نائب الآخر (قوله وان غاب أمهله مدة ذهابه وايابه) يعنى ولا يحبسه لعدم ظهور مطله وهو مقيد بما اذا أراد الكفيل السفر اليه وان أبا حبسه للحال من غير امهال كما فى البزازية وفى التتارخانية وان كان فى الطريق عذر لا يؤاخذ الكفيل به والاياب بالكسر الرجوع من آب يؤب أو با وأو بة وايابا كذا فى الصحاح وأشار الى أنه لو كفل بنفس محبوس أو غائب صح كما فى البزازية وقوله وان غاب أى وان ثبت عند القاضى أن الكفيل غائب ببلد آخر بعلم القاضى أو ببينة أقامها الكفيل كما فى البزازية أطلقه فشمل المسافة القريبة والبعيدة كما فى فتح القدير (قوله فان مضت ولم يحضره حبسه) لانه ظهر مطله الى أن يظهر للقاضى تعذر احضاره بشهود أو بدلالة الحال فيطلقه كالمديون المفلس و ينظره الى وقت قدومه ولا يحول بينه و بين الطالب فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله كذا فى فتح القدير وان أضر به ملازمته استوثق منه بكفيل كذا فى التتارخانية (قوله فان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه اما بتصديق الطالب وعليه اقتصر الشارح أو ببينة أقامها الكفيل لما فى القنية عن على السغدى اذا غاب المكفول عنه فللدائن أن يلازم الكفيل حتى يحضره والحيلة فى دفعه أن يدعى الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لا تدرى فبين لى موضعه فان أقام بينة على ذلك تندفع عنه الخصومة اه وفى ملازمة الطالب الكفيل عند عجزه عن احضار الاصيل اختلاف ذكر السرخسى انه يلازمه وذكر شيخ الاسلام انه لا يلازمه كذا فى التتارخانية فان اختلفا ولا بينة فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كان له خرجة معلومة للتجارة فى كل وقت فالقول للطالب و يؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع والا فالقول للكفيل لتمسكه بالاصل وهو الجهل وقوله لا يطالب به مقيد بما اذا لم يبرهن الطالب على انه بموضع كذا فان برهن أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره لانه علم مكانه ولو علم انه ارتد ولحق بدار الحرب يؤجل الكفيل مدة ذهابه وايابه ولا تبطل باللحاق بدار الحرب لانه وان كان موتا حكما لكن بالنسبة الى ماله والا فهو حى مطالب بالتوبة والرجوع هكذا أطلقه فى النهاية وقيده فى الذخيرة بما اذا كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا و بينهم مواعدة انهم يردون الينا المرتد والا لا يؤاخذ به اه وهو تقييد لا بد منه ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل حتى لا يغيب الآخر وفى الخانية الكفيل بالنفس اذا منع المكفول به عن السفر ان كانت الكفالة حالة كان له أن يمنعه حتى يخرجه عن عهدة الكفالة وان كانت الكفالة مؤجلة ليس له أن يمنعه من الخروج قبل حلول الاجل اه ظاهره ان للكفيل ملازمة الاصيل اذا كانت حالة وان لم يلازمه الطالب (قوله فان سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ) لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الامرة واحدة وحصل مقصود الطالب فلم تبق الكفالة كما لو تكفل بمال فقضاه أطلقه فشمل ما اذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أولا لان الاجل حق الكفيل فله اسقاطه كالدين المؤجل اذا قضاه المديون

وان غاب أمهله مدة ذهابه وايابه فان مضت ولم يحضره حبسه فان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به فان سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ

(قوله وان ثبت عند القاضى ان الكفيل) صوابه المكفول عنه (قوله والا فالقول للكفيل الخ) هذا مخالف لقوله أولا ولا بد من ثبوت انه غائب لم يعلم مكانه فانه يقتضى انه لا يكفى قول الكفيل لا أعرف مكانه تامل

(قوله فهذا القدر تسليم منه) قال في النهر ينبغي حمله على ما إذا كان التسليم بعد الطلب (قوله وفي القنية سلم الكفيل بالنفس الخ) قال في النهر الظاهر ضعفه (قوله وهو قول زفر) قال في النهر وفي الواقعات الحسامية جعل هذا رأيا للمتأخرين لا قولا لزفر ولفظه والمتأخرون من مشايخنا يقولون جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه في السوق أو في مواضع أخر في المصر بناء على عاداتهم في ذلك الزمان أما في زماننا فلا يبرأ لأن الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مفيدا فيصح وبه يفتى اه وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان في ذلك الزمان اه وفيه نظر إذ كم من مسئلة اختلف فيها الإمام وأصحابه وجعلوا الخلاف بسبب اختلاف الزمان كمسئلة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفى بكلام يحتمل أنه مبني على قوله تأمل (قوله لاحتمال أن يكون شهوده فيما عينه) كان حق التعبير أن يقال لاحتمال أن يكون شهوده في المصر الذي كفل فيه والأفق التعيين لا يبرأ اتفاقا كما ذكره (قوله قيل إنه اختلاف عصر وزمان) قال الزيلعي فأبو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لأهل الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون إلى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصر ومصر آخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق إلا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره أسهل لإثبات حقوقه اه (قوله وفي البزازية ضمن نفس رجل وحبس المطلوب في السجن لا يبرأ) أي ويطالب الكفيل لما في الكافي للحاكم حيث قال وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل به لأنه يقدر على أن يفكه مما حبس به بأداء حق الذي حبسه اه

ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم

قبل الحلول والتسليم بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فخذه إن شئت فإن سلمه بعد طلبه برئ مطلقا وإلا فلا يبرأ حتى يقول سلمته إليك بجهة الكفالة وفي القنية كان المكفول له جالسا مع قوم في مدرسة فجاء الكفيل بالمكفول عنه وقال له هو المكفول عنه فلم يجلس بل مر وخرج إلى باب آخر فهذا القدر تسليم منه اه قيد بقوله بحيث يقدر للاحتراز عما إذا سلمه في برية أو في سواد فإنه لا يبرأ لعدم قدرته على مخاصمته في ذلك المكان سواء شرط تسليمه في مجلس القاضي أو لا وفي الخانية وهو نظير ما إذا سلم المديون الدين للطالب حين خرج اللصوص فإنه لا يبرأ وفي القنية سلم الكفيل بالنفس المكفول عنه إلى الطالب ليلا في مكان لا يمكنه العصمة وفر منه فإن كان التسليم بطلبه يخرج عن العهدة اه (قوله ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم) لأن الشرط مفيد فإن سلمه في مجلسه برئ وأفاد بقوله سلمه ثم إلى اشتراط ذلك فإن سلمه في السوق لم يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق ومحل الاختلاف في بلدة لم يعتادوا نزع الغريم من يد خصمه كذا في التتارخانية وهذه إحدى المسائل التي يفتى فيها بقول زفر رحمه الله تعالى ومنها قعود المريض في صلاته كقعود المصلي في التشهد ومنها سماع البينة من امرأة الغائب ليقرر القاضي لها نفقة ومنها أن الوكيل بالخصومة لا يلي القبض ومنها تضمين الساعي إذا سعى به إلى السلطان وغرمه شيئا ومنها أن رؤية البيت من الصحن لا يكفي بل لا بد من رؤية داخله ومنها أن رؤية ظاهر الثوب مطويا لا يكفي بل لا بد من نشره فهي سبع وليس المراد الحصر وفي القنية كفل بنفسه في البلد وسلمه في الرساتيق صح إن كان فيها حاكم وقال العلاء التاجري والبدر الظاهر لا يصح قال رضي الله تعالى عنه وجوابهما حسن لأن أغلب قضاة رساتيق خوارزم ظلمة فلا يقدر على محاكمته على وجه العدل دون رساتيقهم اه وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة إن كان فيه سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر وإلا فلا يبرأ اتفاقا كذا في التتارخانية لإمكان إحضاره إلى مجلس القاضي ولا يبرأ عندهما لاحتمال أن يكون شهوده فيما عينه وفي فتح القدير وقولهما أوجه وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان وفي البزازية ضمن نفس رجل وحبس المطلوب في السجن فسلم لا يبرأ ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ ولو أطلق ثم حبس ثانيا فدفعه إليه فيه إن الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وإن في أمور السلطان ونحوها لا حبس الطالب المطلوب ثم طالب الكفيل به فدفعه وهو في حبسه قال محمد برئ اه وفي الخانية ولو كفل بنفس رجل وهو غير محبوس ثم حبس فخاصم الطالب الكفيل إلى القاضي الذي حبسه فقال الكفيل كفلت به وأنت حبسته بدين فلان آخر له عليه عن محمد أن القاضي يأمر بإحضار المطلوب حتى يسلمه الكفيل إلى المكفول له ثم يعاد إلى الحبس اه ولو

سلمه وهو مع رسول القاضي وهو ممتنع به لا يبرأ ولو سلمه قدام الحاكم برئ كذا في البزازية وفي فتح القدير ولو قال المطلوب في الحبس دفعت نفسي اليك بالكفالة برئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره اه وفي التتارخانية اذا شرط تسليمه عند القاضي فسلمه عند الامير أو شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمه عند قاض آخر جاز (قوله وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) لعجزه عن احضاره اه بعد موته وكذا بعد موت الكفيل وورثته مالا يقوم مقامهما الا في الخلافة فيماله لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به وقد تبع المصنف صاحب الهداية في بطلانها بموت الكفيل وفي الكرخي في باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال انها لا تبطل بموت الكفيل ويطالب وارثه باحضاره كذا في السراج الوهاج قيد بالكفالة بالنفس لان الكفيل بالمال اذا مات لا تبطل لان حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه ان كانت بامره وكان الدين حالا فان كان مؤجلا لا رجوع لهم حتى يحل الاجل والا فلا كادائه بنفسه وأما موت الطالب فلا يبطلها الان وصيه ووارثه يخلفونه أطلق المطلوب فشمل العبد لكن في الخلاصة لو كفل بنفس العبد فمات العبد برئ الكفيل ان كان المدعى به المال على العبد وان كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته اه وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطلوب والكفيل الى انها لا تبطل بابراء الاصيل لما في البزازية ولو كفل بنفس ثم أقر الطالب انه لا حق له قبل المكفول به له أن يأخذ الكفيل بتسليمه ولا يبرأ ولو قال الطالب لا حق لي قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره لا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية برئ من الكفالة اه فقولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل انما هو في الكفالة بالمال اللهم الا أن يقال ان صورة براءة الاصيل فيما اذا كانت الكفالة بالنفس أن يقول ما ذكره فحينئذ الكلام على عمومه وفي السراج الوهاج اذا مات المكفول له لم تبطل ويسلمه الكفيل الى ورثته فان سلمه الى بعضهم برئ منهم خاصة وللباقين مطالبته باحضاره فان كانوا صغارا فلوصيهم مطالبته باحضاره فان سلمه الى أحد الوصيين برئ في حقه وللآخر مطالبته كذا في الينابيع اه ومن الغريب ما في منظومة ابن وهبان وعزاه في الشرح الى النتف انها تبطل بموت الطالب والمعروف في المذهب خلافه وفي فروق الكرابيسي الكفالة على الكفالة جائزة وبموت الاصيل يبطلان وبموت الكفيل الاول يبرأ الثاني والحوالة بعد الحوالة تبطل الحوالة الاولى لان الكفالة للتوثق والثانية تزيده والحوالة نقل وهما لا يجتمعان اه (قوله وبرئ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ) لان موجب الدفع اليه البراءة فتثبت وان لم ينص عليها كالمديون اذا سلم الدين والغاصب اذا سلم المغصوب والبائع اذا سلم المبيع أطلقه فشمل ما اذا قال سلمته اليك بجهة الكفالة أولا ان طلبه منه وأما اذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول ذلك كما قدمناه واذا أقر الطالب بقبض المكفول برئ الكفيل ولا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر انه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول الى الطالب فأبى أن يقبله أجبر على قبوله بمعنى انه ينزل قابضا كالغاصب اذا رد العين والمديون اذا دفع الدين بخلاف ما اذا سلمه فضولي فانه لا يجبر كما اذا قضى الدين فضولي أي غير مأمور بذلك والضمير في قوله اليه راجع الى الطالب وأطلقه فشمل ما اذا كان غير صاحب الحق كما اذا كان الآخذ للكفيل وكيل الدائن فيبرأ بتسليمه الى الموكل مطلقا والى الوكيل ان أضافه الى نفسه وان أضافه الى موكله لم يبرأ بتسليمه الى الوكيل لانه

رسول

وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب وبرئ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ

(قوله الكفالة على الكفالة جائزة الخ) تقدم هذا موضحا عن الخانية قبيل قول المصنف بكفلت بنفسه

رسول كذا فى التتارخانية وكما اذا أخذ القاضى من المدعى عليه كفيلا بالنفس بطلب المدعى أو بغير طلبه وسلمه الكفيل الى القاضى برئ وان سلمه الى المدعى لا يبرأ هذا اذا لم يضفه القاضى فان أضافه وقال القاضى ان المدعى يطالبك كفيلا بالنفس فاعطه كفيلا بنفسك فسلم الكفيل للقاضى لا يبرأ وان سلمه الى المدعى يبرأ كذا فى الخانية والبزازية ورسول القاضى وأمينه كالقاضى ولو كفل بنفسه الى الوصى فسلمه الى الورثة أو الغريم لا يبرأ كذا فى البزازية وفى القنية كفل بنفس رجل على أن يسلمه الى المكفول له متى طالبه به ثم سلمه اليه قبل أن يطالبه ولم يقبله يبرأ لان حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت فى الحال وقوله على أن يسلمه اليه متى طالبه به يذكر للتأكيد لا للتعليق فقد سلمه اليه حال كونه كفيلا فيبرأ اه وانما ذكر هذه المسئلة أعنى مسئلة الكتاب مع ظهورها كما قاله الفقيه أبو الليث لدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفى حقه لان الكفالة ما أريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فازال هذا الوهم ببيان ان عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا يقتضى التكرار كذا فى فتح القدير (قوله وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) أى يبرأ الكفيل بتسليم هؤلاء لان المطلوب يطالب بتسليم نفسه فاذا سلم نفسه حصل المقصود فلا معنى لبقائها كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه فانه يصح قبل الطالب أولا وفعل نائب الكفيل كفعله وقيد بقوله من كفالته لانه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسى اليك من الكفالة ولو أخر قوله من الكفالة لكان أولى لان الوكيل والرسول كالمكفول لا بد من التسليم عنها والا لا يبرأ وقيد بتسليم النفس لان المديون لو دفع الدين الى الكفيل قبل أن يوفى عنه ولم يقل انه عن كفالتك كان قضاء لانه الغالب وتستحق عليه وانصرف اليه كذا فى القنية وقيد بالوكيل والرسول لانه لو سلمه أجنبى بغير أمر الكفيل وقال سلمت اليك عن الكفيل وقف على قبوله فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت لا وفى السراج الوهاج ولو سلم المكفول بالنفس نفسه الى المكفول له بجهة الكفالة فانه يجبر على القبول حتى يبرأ الكفيل وهذا اذا كانت الكفالة بالامر أما اذا كانت بغير الامر لا يبرأ كذا فى الفوائد اه ولم يظهر هذا التفصيل ثم ظهر لى ان المراد أمر المطلوب وان الكفالة بالنفس على وجهين اما أن تكون بامر المطلوب أو بغير أمره لما فى التتارخانية ولو كفل بنفسه بغير أمره فلا مطالبة للكفيل عليه الا أن يجده فيسلمه فيبرأ اه فعلى هذا اذا ضمنه بغير أمره لا يأثم بعدم التمكين منه فله الهرب بخلاف ما اذا كان بامره وعلى هذا فما قدمناه من منعه من السفر انما هو فيما اذا كانت بامره وزاد فى الاصلاح على رسوله اليه وقال فى الايضاح وانما قال اليه لان رسوله الى غيره كالاجنبى اه وفى التتارخانية يشترط التسليم عن الكفالة ولا يحتاج أن يقول عن كفالة فلان انما يحتاج تعيينه اذا كان كفله لرجلين ولو قال بعد قوله ورسوله وكفيله لكان أولى لان كفيل الكفيل لو سلمه برئ كما فى التتارخانية فلو قال وبتسليم نائب الكفيل عنه لكان أحسن (قوله فان قال ان لم أواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهو متعارف يصح تعليقها به فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن كفالة النفس لانهما كانت ثابتة قبلها ولا تنافيها كما لو كفلها ماجلة والمراد بقوله ولم يواف به مع قدرته عليه فان عجز لا يلزمه الا اذا عجز بموت المطلوب أو جنونه وموت المطلوب وان أبطل الكفالة بالنفس فانما هو فى حق تسليمه الى الطالب لا فى حق المال وقيد بموت المطلوب لان الكفيل لو مات لم يوجد شرط الكفالة

وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله فان قال ان لم أواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال

(قوله ثم ظهر لى ان المراد أمر المطلوب الخ) وعن هذا قال فى النهر والوجه فيه ظاهر لانها اذا كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب بالحضور فليس مطالبا بالتسليم واذا سلمه نفسه لا يبرأ الكفيل

المعلقة لان وارثه يقوم مقامه كموت الطالب فان الكفيل اذا سلمه الى وارثه برئ ولو أبرأه الطالب عن كفالة النفس فلم يواف به لا يجب المال لفقد شرطه ولو اختلف فقال الكفيل وافيتك به وقال الطالب لم توافني به فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل لان سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة الا أن الموافاة شرط للبراءة فلا يثبت بقول الكفيل كذا في الخانية وفي البزازية وفيما اذا علق المال بعدم الموافاة لا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة وبيانه ما ذكره في نظم الفقه قال الكفيل دفعته اليك اليوم المشروط وأنكره الطالب فالامر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعى عندنا اه وفي فروق الكرابيسي رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المال فلم يوافه لكن المدعى وجد المدعى عليه ولازمه حتى الليل يلزمه المال وكذا لو تغيب الطالب فلم يجده لزمه المال هنا فصول الثاني لو شرط على الكفيل مكانا لجاء الكفيل بالمكفول به في ذلك المكان وتغيب الطالب لزم المال الكفيل الثالث لو اشترى بالخيار فتوارى البائع الرابع حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن الخامس جعل أمر امرأته بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيبت وعند أبي يوسف ينصب القاضي قيما في الفصلين الاخيرين لا في الاول لان الطالب متعنت فيهما لا في الاول اه وفي الخلاصة اذا توارى الطالب والبائع نصب القاضي وكيلا عن الغائب قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف ولو فعل القاضي فهو حسن اه وجعل قاضيخان في فتاواه المسائل كلها على الخلاف وان القاضي ينصب وكيلا عن الغائب على قول المتأخرين وهو قول أبي يوسف اه ولم يصور المصنف المسئلة بالالف كما في الهداية ليبين أن معلومية القدر ليست شرط الصحتها فاذا قال بما عليه فهو ما ثبت بالبينة انه عليه لزمه كما سيأتي كذا في النهاية وكذلك لو قال الكفيل بالنفس ان لم أوافك به غدا فعلى ما أقر به المطلوب فلم يواف به غدا فاقر المطلوب ان له عليه خمسمائة كان الكفيل ضامنا لما أقر وليس هذا كما لو قال ان لم أوافك به غدا فانا ضامن لما ادعيت عليه فلم يواف به غدا فادعى الطالب عليه مالا لا يلزمه المال وكذا لو قال ان لم أوافك به غدا فما ادعيت عليه فهو على فلم يواف به غدا فادعى الطالب عليه مالا لا يلزمه كذا في فتاوى قاضيخان بعد مراجعة نسخة صحيحة وقوله ان لم أدفعه اليك غدا بمنزلة ان لم أوافك به كما في الخانية ولو قال الكفيل بالنفس ان غاب عنك المكفول فانا ضامن لما عليه فغاب المكفول الى الكوفة ولم يطلبه الطالب ثم دفعه الكفيل اليه بعد رجوعه من الكوفة فالكفيل ضامن للمال لانه علقها بالغيبة ولو قال قد كفلت لك بنفس فلان فان غاب ولم أوافك فانا ضامن لما عليه فغاب قبل أن يوافي لزمه المال وهو بمنزلة ما لو قال ان غاب قبل ان أوافيك به ولو قال ان غاب فلم أوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة كذا في الخانية وفيها أيضا ولو كفل بنفس رجل على ان يوافي به اذا جلس القاضي فان لم يواف به فعليه الالف التي للطالب عليه فلم يجلس القاضي أياما وطلب المدعى ولم يات به فلا شئ على الكفيل من المال لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة اذا جلس القاضي اه وقوله في الكتاب فانا ضامن ليس بقيد ففي الخانية ان لم أواف به فعندي لك هذا المال لزمه لان عندي اذا استعمل في الدين يراد به الوجوب وكذا لو قال الى هذا المال وقيد بعدم الموافاة للاحتراز عما في البزازية كفل بنفسه على انه متى طالبه سلمه فان لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لان المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح فاذا لم تصح المطالبة لم يتحقق

(قوله وكذا لو قال ان لم أوافك به غدا فما ادعيت عليه فهو على الخ) ذكر المسئلة في الخانية قبل هذا موضحة فقال رجل كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما ادعى الطالب فلم يواف به وادعى الطالب عليه ألف درهم وصدقه المطلوب وجحدها الكفيل كان القول قول الكفيل مع اليمين على العلم اه

(قوله قيد ببيان المال عند الدعوى) أراد بالبيان ذكره والتنصيص عليه لا بيان صفته انه جيد أو رديء مثلا ثم ظاهر كلامه ان مسئلة الكتاب وفاقية والثانى خلافية وليس كذلك قال فى فتح القدير صورتها فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أولم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم أوافك به غدا فعلى مائة دينار فرضى بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة دينار فى الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبى يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم ألتفت الى دعواه

العجز الموجب للزوم المال فلا يجب اه وفى القنية كفل بنفسه وقال ان عجزت عن تسليمه الى ثلاثة أيام فعلى المال ثم حبس بحق أو بغير حق أو مرض مرضا يتعذر احضاره يلزمه المال بعد الثلاثة اه وفى وكالة منية المفتى قال ان وافيتك به غدا فعلى ماعليه ثم وافى به لم يلزمه المال لانه شرط لزومه ان أحسن اليه اه يعنى انه تعليق بغير المتعارف فلم تصح الكفالة (قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم أوافك به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة) لوجود الشرط فلزم المال قيد ببيان المال عند الدعوى لانه لو تعلق رجل بآخر وقال لى عليك دعوى ولم يبينها فكفله انسان بالنفس على انه ان لم يواف به غدا فعليه مائة دينار ففيه اختلاف قالا اذا لم يوافه به لزمته اذا ادعاها المدعى وقال محمد لا تلزمه لانه لما لم يبينها وقت الدعوى لم تصح الدعوى فلم يجب حضوره الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانها مبنية عليها ولهما انه يمكن تصحيحها لان العادة جرت بالابهام فى الدعاوى فى غير مجلس القضاء ثم بينوها عنده دفعا للحيل فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان فاذا بين بعده انصرف الى البيان أولا فظهر به صحة الكفالة بالنفس فصحت بالمال حملا على ان الكفيل كان يعلم خصوص المال المدعى به تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن والحاصل انالا نحكم بحال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر انه انما كفل بالقدر المدعى به وفى الخلاصة كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التى عليه فضى الغد ولم يواف به وفلان يقول لاشئ على والطالب يدعى ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى قوله الاول وفى قوله الآخر وهو قول محمد لاشئ عليه اه وهذا يقتضى ان الحاصل ان أبا حنيفة وحده و يستفاد بها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه كذا فى فتح القدير وقيد بكون المال على المكفول بالنفس لانه لو كان على غيره ففيه اختلاف كما لو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به فى يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد وفى القياس لا يجوز وهو قول أبى يوسف ذكره قاضيخان وفى المحيط جعل الخلاف على العكس وجعل أبا حنيفة مع أبى يوسف وفى السراج الوهاج وكذا لو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا كان كفيلا بنفس رجل آخر كان على هذا الاختلاف اه ولا بد فى مسئلة الكتاب من اقرار المدعى عليه بالمائة لما فى السراج الوهاج لو

وأراد بالوجهين ما اذا بينها أى ذكرانها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والا فود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى أى ذكرانها مائة بينها أولا وما اذا لم

ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم يوافك به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة

يدع شيأ حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذى سماه اه وقال فى النهر وقد جمع فى الجامع الصغير بينهما ولو تبعه المصنف لكان أولى (قوله ولا بد فى مسئلة الكتاب من اقرار المدعى عليه بالمائة الخ) يخالف هذا ما فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان حيث قال فاذا بين المدعى ذلك عند القاضى ينصرف بيانه الى ابتداء الدعوى والملازمة فيظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة كمن كفل لرجل فى غيبته فلما حضر الغائب قال انك أقررت لى بالكفالة فى الحال التى كنت غائبا وقال الكفيل لا بل كان ذلك ابتداء كفالة فى غيبتك ولم تصح فالقول فيه قول الغائب لانه يدعى صحة الكفالة والكفيل يدعى الفساد اه ومثله فى النهاية وقال فى معراج الدراية و يكون القول له فى هذا البيان لانه يدعى الصحة والكفيل يدعى الفساد وفى غاية البيان و يقبل قول المدعى انه أراد ذلك عند الدعوى لانه يدعى الصحة وقدم عن الفتح قريبا قوله و يستفاد بها ان الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وبه صرح فى متن التنوير تبعا للدرر والغرر وهو

المفهوم من قولهم لزمته اذا ادعاها المدعى ولم يقولوا وأثبتها بالبرهان ومافى النهر من قوله فعليه المائة أى التى بينها المدعى اما بالبينة أو باقرار المدعى مبنى على مافى السراج وزاد البينة اذلا فرق وقد علمت مخالفته للشروح ولاطلاق المتون كالهداية والكنز والمجمع وغيرها ورأيت بخط شيخ مشايخنا الشيخ ابراهيم الغزى الذى تحرر لى ان هذا أى مافى السراج على قول محمد وعلى قول الثانى ثانيا يعلم هذا بمراجعة الهداية والفتح والخلاصة اه (قوله بل اذا أخبر القاضى عدل الخ) قال فى النهر فان

ادعى على رجل ألفا فانكره فقال له رجل ان لم أوافك به غدا فهو على فلم يواف به غدا لا يلزمه شئ لان المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا فصار هذا مالا متعلقا بخطر فلا يجوز اه ولم يذكر المصنف حكم ما اذا علق الكفيل بالمال براءته بموافاته غدا بان قال كفلت لك بما عليه على انى ان وافيتك به غدا فانا برىء من المال فوافاه به للاختلاف فيه فان فيه روايتين فى رواية يبرأ وفى رواية لا وهما مبنيان على تعليق براءة الكفيل بالشرط وستأتى فى الكتاب والمسئلة فى السراج الوهاج كما ذكرناه (قوله ولا يجبر على الكفالة بالنفس فى حد وقود) وهذا عند الامام وقالا بالجبر فى حد القذف والقصاص دون غيرهما قيد بالجبر لان أخذه برضاه بلا طلب فى حد القذف والقصاص جائز اتفاقا لهما انها شرعت لتسليم النفس وهو واجب على الاصيل فصحت به كما فى دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى وله اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة فى حد ولانها للاستيثاق ومبناهما على الدرء وألحق التمرتاشى حد السرقة بهما فى جواز التكفيل بنفس من عليه اجماعا وفى الاجبار عليها عندهما وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا بخلاف غيره لعدم اشتراطها ولا يجب الحضور بسببها فاذا لم يكفل عنده يلازمه الى قيام القاضى من مجلسه فان برهن والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما الجبر بالحبس وانما هو الامر بالملازمة (قوله ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أى فى الحدود والقود لان الحبس لتهمة الفساد وشهادة المستورين أو الواحد العدل تكفى لاثباتها لان خبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات فتثبت شهادة العدل التهمة وان لم تثبت أصل الحق وظاهر كلامهم انها لا تثبت بخبر مستور واحد والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيها قبل الثبوت لانه نهاية عقوبتها فلا يثبت الا بحجة كالحد نفسه وكلامهم هنا يدل ظاهرا على ان القاضى يعزر المتهم وان لم يثبت عليه وقد كتبت فيها رسالة وحاصلها ان ما كان من التعزير من حقوقه تعالى فانه لا يتوقف على الدعوى ولا على الثبوت بل اذا أخبر القاضى عدل بما يقتضيه أحضره القاضى وعزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو واحد عدل والحبس تعزير وصرحنا بجواز الهجم على بيت المفسد وجواز اخراجه من البيت وجواز نفيه عن البلد وتخليد حبسه الى أن يتوب وان من ذلك ما اذا سمع صوت غناء فى بيته أو أخبر القاضى باجتماعهم على الشراب أو كان يؤذى الناس بيده ولسانه وجواز التعزير بالقتل وجوازه باخذ المال ومعناه على مافى البزازية امساكه عنه الى أن يتوب وفى السراج الوهاج وأما التعزير فتجوز الكفالة به يعنى انه يجوز للقاضى الابتداء بطلب ذلك لانه من حقوق العباد كالديون اه فظاهره ان ما كان من حقوقه تعالى لا يجوز به كالحدود (قوله

قلت ينبغى أن يكون هذا على رأى المتقدمين من جواز قضاء القاضى بعلمه أما على رأى المتأخرين وهو المفتى به من انه لا يقضى بعلمه فى زماننا فينبغى أن يتوقف على الثبوت

ولا يجبر على الكفالة بالنفس فى حد وقود ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل

قلت يجب أن يحمل الخلاف على ما كان من حقوق العباد أما حقوق الله تعالى فيقضى فيها بعلمه ويدل على ذلك مافى الخانية والظهيرية والخلاصة والبزازية الرجل اذا كان يصوم ويصلى ويضر الناس باليد واللسان وذكره بما فيه لا يكون غيبة وان أخبر السلطان بذلك ليزجره فلا اثم عليه اه قلت مخالف لما ذكروه قال فى شرح الوهبانية للشرنبلالى بعد كلام ما نصه والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقا لفساد أحوال القضاة كما انه لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر مطلقا يعنى سواء علمه بعد توليته أو قبلها غير انه يعزر من به أثر السكر للتهمة اه وممن نص على الاتفاق على عدم القضاء بعلمه فى الحدود الخالصة ابن الهمام قبيل باب التحكيم وذكره فى شرح أدب القضاء ولم يحك فيه خلافا وعلله بان كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فيه وغير القاضى اذا علم لا يمكنه اقامة الحد فكذا هو ثم قال الا فى السكران أو من به أمارة

وبالمال

السكر ينبغي له أن يعزره للتهمة ولا يكون حدا اهـ فعلم ان التعزير ليس بقضاء ولذا لا يتوقف على الدعوى ونحوها (قوله والدين الصحيح مالا يسقط الا بالاداء أو الابراء) دخل فيه المسلم فيه ففي فتاوى الحانوتي الكفالة بالمسلم فيه صحيحة لانه دين لا مبيع وممن نقل صحته الوالد عن شرح التكملة والتصريح بالنقل عزيز وان كان هو داخلا في قولهم تصح الكفالة بالدين اهـ (قوله مع انه لا يسقط اذ هو لا يقبل التعجيز) قال في النهر وكأنه ألحق ببدل الكتابة (قوله بخلاف ارش الشجة وقطع الطرف الخ) قال الرملي والكفالة بالدية لا تصح كما في الخلاصة والبزازية وفي الظهيرية واعلم ان الكفالة ببدل الكتابة والدية لا تجوز اهـ ونقلها في التتارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافا ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة ٢٣٥ (قوله والتعيين للمكفول له) مخالف

وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المال مجهولا وصحتها بالاجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة ويدل عليه اجماعهم على صحتها بالدرك مع انه لا يعلم كم يستحق من المبيع كله أو بعضه والدين الصحيح مالا يسقط الا بالاداء أو الابراء فلم تصح ببدل الكتابة لانه يسقط بدونهما بالتعجيز وكذا لا يجوز ببدل السعاية عنده خلافا لهما كذا في السراج الوهاج مع انه لا يسقط اذ هو لا يقبل التعجيز وكذا لا تصح الكفالة بدين هو على ابن المكاتب أو عبده لان من دخل في مكاتبته فهو مكاتب لمولاه كذا في البزازية بخلاف أرش الشجة وقطع الطرف فانه دين صحيح فصحت به وفي فتح القدير وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك بعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أي مقدار شاء اهـ وفي البدائع وأما كون المكفول به معلوم الذات في أنواع الكفالات أو معلوم القدر فليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بواحد منهما الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز اهـ قيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الاصيل والمكفول له فانها مانعة حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فانا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت كفالة يسيرة في المكفول عنه نحو أن يقول كفلت لك بما لك على أحد هذين فيجوز والتعيين للمكفول له لانه صاحب الحق وفي البزازية شهدا على رجل انه كفل بنفس رجل نعرفه بوجهه ان جاء به لكن لا نعرفه باسمه يجوز كما لو قال عند القاضي كفلت لرجل أعرفه بوجهه لان الجهالة في الاقرار لا تمنع صحته ويقال له أي رجل أتيت به وقلت انه هذا وحلفت عليه برئت من الكفالة اهـ وأطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرا كان أو عبدا مأذونا أو محجورا صبيا أو بالغا رجلا أو امرأة مسلما كان أو ذميا وكل من له المال لكن في البزازية الكفالة للصبي التاجر صحيحة لانه تبرع عليه وللصبي العاقل غير التاجر روايتان ودخل تحت الدين الصحيح بدل العتق فاذا أعتق عبده على مال فكفله به رجل جاز كذا

لما قبله عن البدائع حيث جعل الخيار للكفيل في نظير هذه المسئلة وبه صرح في الفتح في هذه المسئلة ونصه ولو قال رجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة

وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا

المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل اهـ وفي كافي الحاكم لو قال أنا كفيل بفلان أو فلان كان جائزا يدفع أيهما شاء الكفيل اهـ (قوله وفي البزازية شهدا على رجل انه كفل الخ) قال الرملي وفي الخانية رجل ادعى على رجل كفالة بنفس رجل وأقام البينة فشهد الشهود انه كفل بنفس رجل لا نعرفه

جازت شهادتهم اهـ وفي التتارخانية (م) لو شهدا ان هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل نعرفه بوجهه لكن لا نعرفه باسمه فهو جائز وان قالا كفل بنفس رجل لا نعرفه لا بوجهه ولا باسمه فالشهادة جائزة ويؤخذ الكفيل بالكفالة بمنزلة ما لو أقر عند القاضي انه كفل لهذا بنفس رجل ثم يقال بين أي رجل فان بين فكذبه وقال المكفول به هذا كان القول قوله فبعد ذلك ينظر ان صدقه المكفول فيما بين فلا يمين عليه وان كذبه فانه يحلف عليه وفي الذخيرة فان كذبه تعتبر فيه الدعوى للانكار فهذه المسئلة دليل على ان في دعوى الكفالة لا تشترط تسمية المكفول عنه وذكر نسبه وقد قيل هذه المسئلة يصلح دليلا اهـ (قوله لكن في البزازية الخ) وفي احكامات جامع الفصولين كفل رجل لصبي لو كان الصبي تاجرا صحت الكفالة ولو خاطب عنه أجنبي وقبل عنه توقفت على اجازة وليه فان لم يخاطب أجنبي ولا وليه وانما خاطب الصبي عند أبي حنيفة لا تصح وعند أبي يوسف تصح

اه (قوله فامره فضمنه لمولاه) أى فامر المكاتب الرجل المديون والظاهر ان المراد أمره باداء المال لمولاه فضمنه عنه لمولاه (قوله وهذا أمر منه أن يدفع ما عليه لمولاه) قال فى النهر هو ظاهر فى ان هذا ليس بكفالة ببدل الكتابة فلا يرد بل اذن فى قضاء الدين ومقتضاه ان للمكاتب أن يرجع على الآمر بالدفع ولا يصح أن يكون حوالة اذ لو كانت لعتق المكاتب بمجردها (قوله وفى التتارخانية لو ضمن بدل الكتابة وأدى رجع بما أدى) أى اذا ظن انه مجبر على ذلك لضمانه السابق كما فى جامع الفصولين وكانت الكفالة بالامر كما هو ظاهر وصرح به فى النهر وهذا بناء على انه يرجع على المكاتب و يظهر لى ان الرجوع على السيد لان الكفيل لم يلزمه ما دفعه للسيد بسبب فساد الكفالة وقد وقع اليه المال على ظن وجوبه عليه فله

بكفلت عنه بالف

الرجوع به عليه فتأمل وراجع (قوله لا تجوز الا لعمال بيت المال) قال فى النهر وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجبون أمواله ومن ذلك كتبته اذا توسعوا فى الاموال لان ذلك دليل خيانتهم ويلحق بهم كتبة الاوقاف ونظارها اذا توسعوا وعمروا الاماكن التى لا تنال الا بعظيم المال وتعاطوا أنواع الملاهى فى أغلب الاحوال فللحاكم أخذ الاموال منهم وعزلهم فان عرف خيانتهم فى وقف معين رد المال اليه والا وضعه فى بيت المال والله تعالى أعلم بحقائق الاحوال (قوله وفى التتارخانية رجل له مال على رجل الضمان الخ) يؤخذ من هذا ان الكفالة بالمال قسمان كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه (قوله ولو غصب من رجل ألفا الخ) قال الرملى وكذلك لو غصب فرسا وهى واقعة الفتوى اذ لا فرق بينهما فان النقود تتعين فى الغصوب فاذن حكمها حكم الاعيان وأنت على علم بانه يصح ضمان العين المغصوبة كما هو صريح كلامه فى شرائط المكفول به وسيأتى فى المتن أيضا صريحا والله تعالى أعلم

فى البزازية ومنه ما اذا كان للمكاتب مال على رجل فامره فضمنه لمولاه من مكاتبته أو دين سوى ذلك جاز لان أصل ذلك المال واجب للمكاتب على الكفيل وهذا أمر منه أن يدفع ما عليه لمولاه كذا فى البزازية ويخرج عنه كما خرج بدل الكتابة ما لو دفع الى محجور عشرة لينفقها على نفسه فقال انسان كفلت بهذه العشرة لا تصح لانه ضمن ما ليس بمضمون فان ضمن قبل الدفع بان قال ادفع العشرة اليه على انى ضامن لك العشرة هذه يجوز وطريقه أن يجعل الضامن مستقرضا من الدافع ويجعل الصبى نائبا عنه فى القبض وكذا الصبى المحجور اذا باع شيأ فكفل رجل بالدرك للمشترى ان ضمن بعد ما قبض الصبى الثمن لا يجوز وان قبل قبضه يجوز محجور اشترى متاعا وضمن رجل الثمن للبائع عنه لا يلزم الكفيل الثمن ولو ضمن المتاع بعينه كان ضامنا كذا فى البزازية وفى التاتارخانية لو ضمن بدل الكتابة وادى رجع بما أدى وفى جامع الفصولين كفل مسلم عن ذمى بخمر لذمى قيل لا يصح مطلقا وقيل لو كانت الخمرة بعينها عند المطلوب يصح على قياس قول أبى حنيفة اذ يجوز عنده للمسلم أن يلزمه نقل الخمر كما لو أجر نفسه لنقلها اه ودخل فيه ما لو صادر الوالى رجلا وطلب منه مالا وضمن رجل ذلك وبذل الخط ثم قال الضامن ليس لك على شئ لانه ليس للوالى عليه شئ قال شمس الاسلام والقاضى علاء الدين المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية كذا فى البزازية ﴿فائدة﴾ ذكر الطرسوسى فى مؤلف له أن مصادرة السلطان لارباب الاموال لا تجوز الا لعمال بيت المال مستدلا بان عمر رضى الله تعالى عنه صادر أبا هريرة رضى الله تعالى عنه وفى الدر المنثور فى تفسير سورة يوسف فى قوله تعالى اجعلنى على خزائن الارض قال أخرج ابن أبى حاتم والحاكم عن أبى هريرة قال استعملنى عمر على البحرين ثم نزعنى وغرمنى اثنى عشر ألفا ثم دعانى بعد الى العمل فابيت فقال لم وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك فقلت ان يوسف نبى ابن نبى ابن نبى وأنا ابن أميمة وأنا أخاف أن أقول بغير علم وأن أفتى بغير علم وان يضرب ظهرى ويشتم عرضى ويؤخذ مالى اه (قوله بكفلت عنه بالف) بيان لالفاظها وهو صريح أطلقه فشمل ما اذا كان الاصيل مطالبا به الآن أولا فتصح الكفالة عن العبد المحجور بما يلزمه بعد عتقه باستهلاك أو قرض ويطالب الكفيل به الآن كما لو فلس القاضى المديون وله كفيل فان المطالبة تتأخر عن الاصيل دون الكفيل كذا فى التتارخانية وفى التاتارخانية رجل له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان أن أقبضه وان أدفعه اليك قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده انما هذا على أن يتقاضاه ويدفعه اليه وعلى هذا معانى كلام الناس ولو غصب من مال رجل ألفا فقاتله المغصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لا تقاتله وأنا ضامن لها آخذها وأدفعها اليك لزمه ذلك ولو كان الغاصب استهلك الالف وصارت دينا كان هذا

(قوله لو أتى بهذه الالفاظ منجزا) قال الرملى أى أنا أدفعه أنا أسلمه أنا أقبضه (قوله وعلى هـذا وقعت حادثة الخ) قال الرملى كيف هذا مع ان قاضيخان علل المسئلة بقوله لان عندا اذا استعمل فى الدين يراد به الوجوب وهو يقتضى عـدم الفرق بين التعليق وغيره وان النظر الى القرينـة الدالة تامل (قوله وقدمنا عن الخانية فى المعلقة الخ) قال فى النهر وأقول صرح فى

الخانية ان عنـد تفيد اللزوم اذا أضيفت الى الدين غير مقيد بالتعليق فاذا طالبـه بدينه فقال له لا تطالب مالك عندى كان كفيلا هـذا هو الظاهر فتدبره اه وكتب

وبما لك عليـه وبما يدركك فى هـذا البيع ومابايعت فلانا فعلى

عليه الرملى مانصه أقول قال الغزى وأقول أيضا المنقول فى التتارخانية فى الفصـل الثانى من كتاب الكفالة ان من ألفاظ الكفالة الى وعندى ثم قال وان مطلقه يعنى لفظ عندى للوديعة لكنه بقرينـة الدين يكون كفالة اه مانقله الغزى أقول وهو يقتضى عـدم الفرق كتعليل قاضيخان وأقول ذكر الزيلعى فى شرح قوله فى الاقرار عندى معى الخ ان مطلقه يعنى الكلام يحمل على العرف وفى العرف عندى اذا قرن بالدين يكون ضمانا فاله تنبه وأقول ومقتضى ذلك ان القاضى لو سأل المـدعى عليـه عن جواب الدعوى فقال عنـدى كان اقرارا تامل (قوله لا يرجع على الكفيل مالم يجب على البائع) قال الرملى أى لا يرجع عليه بالثمن مالم يجب أى يثبت الثمن على البائع بسبب الاستحقاق فبعده هو بالخيار ان شاء رجع على البائع وان شاء رجع على الـكفيـل وانما كان كذلك لاحتمال أن يجيز المستحق البيع فيبرأ الكفيل تامل (قوله وأجمعوا ان المبيع لو ظهر حرا الخ) قال الرملى وكذا لو ظهر وقفا مسجلا على ما أفتى به شيخ

الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضى اه وفى البزازية ضمن ألفا على أن يؤديها من ثمن الدار هذه فلم يبعها لا ضمان على الكفيل ولا يلزمه بيع الدار اه وفيها قبله كفل عنـه بالف على أن يعطيه من وديعته التى عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه فان هلكت الوديعة برئ والقول فيه للكفيل فان غصبها المودع أو غيره أو تلفها برئ الكفيل اه (قوله وبما لك عليه) وسيأتى أنه لابد من البرهان أنه له عليه كذا أو اقرار الكفيل والا فالقول له مع يمينه وفى الخانية رجل قال لجماعة اشهدوا انى قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التى له على فلان ثم ان المديون أقام البينة أنه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته وبرئ المطلوب عن دين الطالب ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لان قول الكفيل كان اقرارا منـه بالدين عنـد الكفالة فلا يبرأ الكفيل ولو أقام المديون بينة على القضاء بعـد الكفالة برئ المديون والكفيل جميعا اه وفى جامع الفصولين قال دينك الذى على فلان أنا أدفعه اليك أنا أسلمه اليك أنا أقبضه لا يصير كفيلا مالم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت على الى لو أتى بهذه الالفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو معلقا كقوله لو لم تؤد فانا أؤدى فانا أدفع يصير كفيلا فهو نظير ما فى قول من قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال لو دخلت الدار فانا أحج لزمه الحج اذا دخل اه وفى القنية أنا فى عهدة ما على فلان كفالة وكتبه الكفالة بالخط بعـد طلب الدائن كفالة وان لم يتلفظ بها اه وفى الملتقط رجـل جاء بكتاب سفتجة الى رجـل من شريكه فدفعه اليه فقرأه ثم قال ما كتبها لك عندى فهو وليس بضامن وكذا لو قال الدافع اضمنها لى فقال قد أثبتها لك عندى ولو قال كتبتها لك على أو قال أثبتها لك على فهذا ضامن نأخـذه به اه وقدمنا عن التتارخانية أنه لو قال للطالب لك عندى هـذا الرجـل كان كفيلا به فعلى هذا كلمة عنـد لا تفيد الكفالة بالمال وتفيدها بالنفس وعلى هذا وقعت حادثة قال رجـل للدائن لا تطالب فـلانا مالك عندى وأفتيت أنه لا يكون كفيلا وقدمنا عن الخانية فى المعلقة بعدم الموافاة أن عندى كعلى فعلى هذا تكون عندى كعلى فى التعليق فقط (قوله وبما يدركك فى هـذا البيع) وهـذا هو ضمان الدرك والدرك لغة بفتحتين وسكون الراء اسم من أدركت الشئ ومنه ضمان الدرك كذا فى المصباح واصطلاحا الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع وفى البزازية من آخر الدعوى فى فصل الاستحقاق وان استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل مالم يجب على البائع فبعـده هو بالخيار ولا يرجـع على الكفيل بقيمة البناء والغرس اه وفى السراج الوهاج فاذا استحق المبيـع كان للمشترى أن يخاصم البائع أولا فاذا ثبت عليـه استحقاق المبيع كان له أن يأخذ الثمن من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف ان له ذلك وأجمعوا أنه لو ظهـر المبيع حرا كان له أن يخاصم أيهما شاء اه (قوله ومابايعت فلانا فعلى) من أمثلة الكفالة بالمجهول وفى المبسوط ولو قال اذا بعته شيأ فهو على فباعه متاعا بالف درهم ثم باعه متاعا بعـد ذلك

الاسلام أبو السعود العمادي مفتي الروم أو ظاهر ما هنا تأمل (قوله بخلاف كلما وما) أي فانه يقتضي التكرار وظاهر كلام الفتح يفيد ترجيح خلافه حيث قال فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن أبي حنيفة نصا وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله اه (قوله وفي الولوالجية لو قال رجعت عن الكفالة الخ) ظاهره انه لا يشترط أن ينهاه عن المبايعة كما أفاده في النهر (قوله لانه لو قال بايع فلانا الخ) قال الرملي هو صريح بان من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلي لم يصح وهي واقعة الفتوى (قوله بخلاف قوله ان غصب مالك انسان الخ) قال الرملي أقول في الدرر والغرر أسلك هذا الطريق فانه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ولو قال ان كان مخوفا وأخذ مالك فانا ضامن وباقي المسئلة بحالها ضمن وصار الاصل

وما غصبك فلان فعلي وطالب الكفيل أو المديون

ان المغرور انما يرجع على الغار اذا حصل الغرور في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة في الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه غار في ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى لانه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وهنا العقد يقتضي السلامة

بالف درهم لزم الكفيل الاول دون الثاني لان حرف اذا لا يقتضي التكرار بخلاف كلما وما ومثل اذا متى وان ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته ثم بايعه بعد ذلك لم يلزمه شئ لان لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل فاما قبل ذلك هو غير مطلوب بشئ ولا ملتزم في ذمته شيأ فيصح رجوعه يوضحه أن بعد المبايعة انما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لانه يقول انما اعتمدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة اه وفي الولوالجية لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة ثم بايعه لم يلزم الكفيل فرق بين هذه المسئلة وبين الكفالة بالذوب حيث اذا رجع الكفيل قبل الذوب لا يصح والفرق أن في هذه المسئلة هذه الكفالة مبنية على ما هو غير لازم وهو الامر فانه قال بايعه فما بايعته فهو علي ان لم يقل بايعه فهو قائل دلالة فالامر غير لازم والمبني على الشئ يكون تبعا له وتبع غير اللازم لا يكون لازما فاما الكفالة بالذوب غير مبنية على ما هو غير لازم اه وفي البزازية فان قال الطالب والمطلوب تبايعنا على كذا ولزم على كذا لا يلتفت الى انكار الكفيل ويؤاخذ بلا بينة وان نهاه الكفيل بعد الكفالة عن المبايعة ورجع عن الضمان صح نهيه ولا يجب عليه ضمان ما لزم بالمبايعة بعده فان أنكر الكفيل والمكفول عنه المبايعة بعده فبرهن على أحدهما بالمبايعة والتسليم لزمهما اه (قوله وما غصبك فلان فعلي) هو كذلك من أمثلة المجهول وفي البدائع لو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يجوز بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافا له اه وفي القنية ما غصبك فلان فعلي يشترط القبول للحال اه يعني لا عند الغصب وكذا فيما قبله من ما بايعت وما ذاب قيد بقوله ما بايعت فلانا لانه لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلي لم يصح كذا في البزازية وفيها ان غصب مالك واحد من هؤلاء القوم فانا ضامن صح بخلاف قوله ان غصب مالك انسان حيث لا يصح اه وفيها أيضا طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل اقرضه فما أقرضته فانا ضامن فاقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح ويكفي هذا القدر (قوله وطالب الكفيل أو المديون) لانه موجبها ولو قال وطالبهما لكان أولى لبيان ذلك وليفيد حكم طلب أحدهما بالاولى وأشار الى أن له حبس أحدهما وفي البزازية من القضاء من فصل الحبس واذا حبس الكفيل يحبس المكفول عنه معه واذا لزم يلازمه لو الكفالة بامره والا لا ولا يأخذ المال قبل الاداء دلت المسئلة على جواب الواقعة وهو أن

كذا في العمادية اه وقال في النهر ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فانا ضامن لا تصح لجهالة المكفول عنه بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي فانه يصح فايهم بايعه فعلى الكفيل والفرق انه في الاولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين وفي الثانية معينون والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع نحو كفلت بما لك على فلان أو فلان كذا في الفتح اه قلت وذكر في الفتح انه يجب كون أهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين والا فلا فرق (قوله ويكفي هذا القدر) قال في النهر وينبغي أن يكون ما بايعت فلانا أو ما غصبك فعلي كذلك اذا بايعه أو غصب منه للحال اه وفي الحاق الثانية نظر فتدبر (قوله لانه موجبها) أي لانها ضم الذمة الى الذمة

المكفول

المكفول له يتمكن من حبس الاصيل والكفيل وكفيل الكفيل وان كثروا اه وسيأتي في الكتاب ما يشير اليه ثم اعلم أنه انما يطالبهما اذا كان المال حالا عليهما فان كان حالا على أحدهما مؤجلا على الآخر طالب من حل عليه فقط كما سنشرحه بعد ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة) اعتبارا للمعنى فيهما مجازا لا للفظ واذا صارت حوالة تجرى فيها أحكامها وكذا في عكسه تجرى أحكام الكفالة وفي وكالة البزازية الوصاية حال حياته وكالة والوكالة بعد موته وصاية لان المنظور المعاني اه وفي اجارتها وتنعقد بقوله اعرتك هذه الدار شهرا بكذا وكل شهر بكذا ولا تنعقد الاعارة بالاجارة حتى لو قال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون اجارة فاسدة لا عارية وكذا لو قال وهبتك منافعها بلا عوض لا تكون عارية اه فاستعير لفظ العارية للاجارة دون عكسه وليس خارجا عن قولهم الاعتبار للمعاني لان معنى الاجارة وجد في الاعارة لانها من التعاور وهو التناوب وهو معنى الاجارة حيث كان بعوض والاجارة لا تستعار للاعارة لانها تفيد العوض والاعارة تفيد عدمه وقدمنا في أول البيوع أن شركة المفاوضة يعتبر فيه لفظها لا المعنى وذكرنا الجواب عنه (قوله ولو طالب أحدهما كان له أن يطالب الآخر) لما ذكرنا قالوا بخلاف المغصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختيار أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء وفي غصب البزازية اختار المالك تضمين الغاصب الاول ورضي به الغاصب أو لم يرض لكن حكم له بالقيمة على الاول فليس له أن يرجع ويضمن الثاني وان لم يرض به الاول ولم يحكم به كان له أن يرجع ويضمن الثاني فان اختاره الاول ولم يعطه شيأ وهو مفلس فالحاكم يأمر الاول بقبض ماله على الثاني ويعطيه له فان أبى المالك يحضرهما ثم يقبل البينة على الغاصب الثاني للغاصب الاول ويأخذ ذلك من الثاني فيقبضه اه (قوله ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع) أي ملائم لمقتضى العقد والملاءمة فيه بكونه سببا لوجوبه عبر عنه بالشرط مجازا لان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بالصاع فانه سبب وجوب الجعل وقدمنا الكلام على الآية ومنه ما في الخلاصة ناقلا عن الاصل قال للمودع ان أتلف المودع وديعتك أو جحدك فانا ضامن لك صح وكذا ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف ان أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما اه والاضافة الى سبب الوجوب حقيقي كما في الكتاب وحكمي كما اذا كفل بالاجرة فانه لا تجب على الكفيل الا باستيفاء الاصيل أو التمكن أو شرط التعجيل كانه مضاف الى سبب الوجوب وتمامه في اجارة البزازية (قوله أو لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه ولم يذكر الشارحون للمختصر مفهوم قوله وهو مكفول عنه ومفهومه أنه لو علقها بقدوم زيد الاجنبي لم يصح وظاهر ما في القنية الصحة على الاصح قال فيها لا يصح التعليق بشرط غير متعارف كدخول الدار أو قدوم زيد الا ان الاصح ما ذكر أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد ذكره في تحفة الفقهاء اه وهو باطلاقه شامل للاجنبي ولكن ينبغي أن يحمل على أنه مكفول عنه لقوله في العناية قد يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان أجنبيا كان التعليق به باطلا كما في هبوب الريح اه وهكذا في فتح القدير والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولا عنه قال في البدائع لان قدومه وسيلة الى الاداء في

الا اذا شرط البراءة فحينئذ يكون حوالة كما ان الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة ولو طالب أحدهما كان له أن يطالب الآخر ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه

في المطالبة وذلك يقتضي قيام الدين على الاول (قوله وفي غصب البزازية الخ) قال في النهر وفيه تقييد للاول اه أي لقوله بخلاف المغصوب منه الخ (قوله كان استحق المبيع) أي كقوله ان استحق المبيع مستحق فعلي الثمن

(قوله وعبارة البدائع أزالت اللبس الخ) قال الرملي الذي يظهر من عبارة البدائع انه لا بد أن يكون وسيلة الى الاداء في الجملة كان يكون مضاربه أو مديونه أو وكيله وله معه مال أو غير ذلك ولا يتعين أن يكون مكفولا عنه فلا يصح التعليق بقدوم من لا يكون وسيلة الى الاداء وينبغي أن يكون هذا مراد صاحب العناية بقوله أجنبيا ويدل عليه قوله كان التعليق به كما في هبوب الريح ولا يكون كذلك الا اذا كان أجنبيا من كل وجه اهـ كذا رأيته بخط بعضهم اهـ وقال في النهر وأقول كون ما في القنية ظاهرا فيما ادعاه ممنوع لان عبارته تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح وقال القدوري في مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الاقطع ان كان الشرط لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز التعليق كان استحق المبيع أو قدم زيد لان الاستحقاق للوجوب وقدوم زيد يسهل به الاداء بان يكون مكفولا عنه أو مضاربه ثم قال الاصح ما ذكره أبو نصر انه يصح بقدوم زيد وقد نص عليه في تحفة الفقهاء اهـ نعم قوله أو مضاربه يعلم منه انه لو كان القادم مديون المكفول عنه أو مودعه أو غاصبه جازت الكفالة المعلقة بقدومه لان قدومه وسيلة الى الاداء في الجملة ويحمل قوله في الفتح فلو كان غير مكفول عنه على ما اذا كان أجنبيا محضا وقوله في الكتاب أو لامكان الاستيفاء يشمل ذلك وقوله كان قدم الى آخره مثال فقط وهذا فقه حسن فتدبره اهـ قلت ويظهر لي ان هذا هو مراد صاحب البحر فان قوله والحق انه لا يلزم أن يكون مكفولا معناه انه يجوز أن يكون مضاربا له ونحوه وليس المراد ان الحق جواز كونه أجنبيا من كل وجه بقرينة استدلاله بعبارة البدائع تأمل (قوله وهو سهو منه الخ) النسخة التي شرح عليها الزيلعي هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح وان جعلا أجلا فتصح الكفالة ويجب المال حالا وهكذا في النهر فتحصل ان النسخ ثلاثة هذه والتي شرح عليها المؤلف باسقاط وان جعلا أجلا والذي عزاه الى النسخ المعتمدة من الاقتصار على قوله ولا تصح بنحو ان هبت الريح اذا علمت ذلك فاعلم ان الاخيرة لا اشكال فيها وكذا الاولى لان قوله فتصح الكفالة الخ جواب قوله وان جعلا أجلا ويعلم منه ان الكفالة لا تصح في الاول ان كانت النسخة بالياء المثناة التحتية في قوله ولا يصح وان كانت بالفوقية فهي نص في ذلك وأما الثانية فاعتراض الزيلعي وارد عليها ولا يمكن الجواب عنه بما أجيب به عن

أو لتعذره كان غاب عن المصر ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا

الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه اهـ ويدل عليه أيضا ما قدمناه من الاصح وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس وفي البزازية قال ضمنت لك عن فلان ألفا واذا قدم فلان فانا بريء منه ان كان فلان غريما له بالالف جاز شرط البراءة فان كان فلان أجنبيا ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الالف تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة اهـ فكما يصح تعليقها بقدوم الاصيل يصح تعليق البراءة منها بقدومه (قوله أو لتعذره كان غاب عن المصر) لان غيبته سبب لتعذر الاستيفاء ومنه ما في المعراج ضمنت كل مالك على فلان ان توى فهو جائز وكذا ان مات ولم يدع شيأ فهو ضامن وكذا ان حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي أو ان حل مالك على فلان فهو علي وان مات فهو علي اهـ ومنه ما في البزازية ان غاب ولم أوافك به فانا ضامن لما عليه فان هذا على أن يوافي به بعد الغيبة وعن محمد قال ان لم يدفع مديونك مالك أو لم يقضه فهو علي ثم ان الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة وعنه أيضا ان لم يعطك المديون دينك فانا ضامن انما يتحقق الشرط اذا تقاضاه ولم يعطه ذلك وفي الفتاوى ان تقاضيت ولم يعطك فانا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي قال أنا أعطيك فان أعطاه مكانه أو ذهب به الى السوق أو منزله أو أعطاه جاز وان طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل عبد مأذون مديون طالبه غريمه بكفيل خوفا من أن يعتقه مولاه فقال رجل ان أعتقه مولاه فانا ضامن جازت الكفالة اهـ ومنه ما في القنية قال للدائن ان لم يؤد فلان مالك عليه الى ستة أشهر فانا ضامن له يصح التعليق لانه شرط متعارف اهـ (قوله ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) ومثله التعليق بنزول المطر ودخول الدار وقدوم زيد وهو غير مكفول عنه وذكر الشارح أن المذكور في المختصر مذكور في الهداية والكافي وهو سهو فان الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال حالا اهـ وهو سهو منه فان المصنف لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالا والموجود في النسخ

الهداية أصلا والعجب من الزيلعي حيث أورد الاعتراض على النسخة الاولى اللهم الا أن يقال حمله على ذلك ماذكره المصنف في الكافي فشرح كلامه بكلامه لانه أدرى بمرامه فيتعين حينئذ أن تكون ان في قوله وان جعلا أجلا وصلية لاشرطية ليطابق الشرح المشروح والعجب مما في النهر حيث شرح على ما في الزيلعي وقال هكذا وقع في نسخة الزيلعي ثم ذكر عبارة الهداية وذكر ان التعليل ظاهر فيما ذكره الزيلعي ثم ذكر تأويله بما ذكره المؤلف هنا ثم قال وهذا الحمل ممكن في كلام المصنف الا ان عدم ذكر التأجيل في كلامه بعده بخلافه في عبارة الهداية واذا تحققت هذا علمت ان ما في البحر من ان ما قاله الشارح سهو مما لا تحرير فيه وذلك لان اعتراض الشارح على ما وقع في نسخته وهو صحيح وكلام الهداية ظاهر فيما فهمه كما علمت والتأويل خلاف الاصل فكيف ينسب الى السهو وما هذا الا كبير سهو نعم الثابت في أكثر النسخ ولا يصح بنحو ان هبت الريح أو جاء المطر وان جعلا أجلا فتصح الكفالة ويجب المال حالا أي لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم ويعلم من قوله وان جعلا أجلا فتصح انها في التعليق لا تصح لعدم صحته وحينئذ فيكون الانسب أن تقرأ بالفوقية مع ان الكلام في التعليق عدول عن الظاهر بما لا داعي اليه اه فانظر هل في هذا شئ من التحرير سوى الكلام الاخير هذا وذكر في الحواشي اليعقوبية ان ماذكروه من التوجيه لكلام الهداية في غاية البعد ثم قال فالظاهر فيه روايتان وما ذكر في الفصولين من ان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة موافق للرواية المذكورة في الهداية الا ان قولهم الكفالة بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار الالتزام وتشبه البيع باعتبار المعاوضة انتهاء اذا الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فقلنا لا يصح بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط ملائم عملا بالشبهين يقتضي صحة الرواية المنقولة عن المبسوط وأيضا الكفيل لم يلتزم الكفالة الا معلقة فلو جعل كفيلا في الحال يلزم أن يكلف بما لم يلتزمه والاصل ان المتبرع لا يلزمه ما لم يلتزمه اه ملخصا ويأتي بعده عن الرملي ما يؤيده ولكن يمكن تأويله بان يجعل الشرط بمعنى التأجيل ويدل عليه قوله لو كفل الى أن تهب الريح فهذا صريح في التأجيل لا في التعليق والتأجيل كما سيذكره المؤلف وهكذا يؤول كلام الفصولين بحمل قوله لا تبطلها الشروط الفاسدة على ما اذا جعل الشرط أجلا وللعلامة الشرنبلالي رسالة في هذه المسألة أشبع فيها الكلام سماها بسط المقالة في تحقيق تعليق الكفالة فراجعها ان رمت المزيد وتكلم عليها في أنفع الوسائل وأطال ونقل عن كتب كثيرة في بعضها التصريح بعدم صحة الكفالة لتعليقها بالشرط الغير الملائم كما قاله الزيلعي وفي بعضها التصريح بصحة الكفالة ولزوم المال حالا وأيد هذا الاخير وارتضاه وارجع الاول اليه لكن خالفه الشرنبلالي في رسالته وأيد كلام الزيلعي والفتح والخانية من بطلان الكفالة وعدم لزوم المال ورد على من جعل في المسألة قولين أقول والانصاف انهما قولان فان من اطلع على ما نقله في أنفع الوسائل من النقول لم يشك في ان العبارات متناقضة بعضها مصرح بصحة الكفالة ولزوم المال حالا وبطلان التعليق وبعضها مصرح بعدم صحة الكفالة وارتكاب

النسخ المعتمدة الاقتصار على قوله ولا تصح بنحو ان هبت الريح ولذا لم ينسب العيني السهو الى المصنف وانما نسبه الى الهداية فعلى هذا الانسب أن يقرأ ولا تصح بالتاء أي الكفالة لا بالياء ليكون للتعليق وكل منهما مخطئ في نسبته الى الهداية وعبارة الهداية هكذا فاما لا يصح بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق اه لان قوله الا أنه تصح الكفالة انما يعود الى الاجل بنحو ان هبت الريح لا الى التعليق بالشرط وقوله لما صح تعليقها معناه لما صح تأجيلها بأجل متعارف مجازا ومجوزه عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما وانما صحت مع الاجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بغير المتعارف لان التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في الاصول والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه كما أشار اليه في العناية وفي فتح القدير فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالا ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف هذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان أن الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق وأراد التأجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني المشي على

التاويل عدول عن سواء السبيل لان بعض العبارات لايحتمله (قوله وفى الخلاصة كفل بماله على أن يجعل له الطالب جعلا الخ) قال الرملى ولو كفل رجل عن رجل على أن يجعل له جعلا فهذا على وجهين اما أن يكون الجعل مشروطا فى الكفالة أولا فان لم يكن مشروطا فى الكفالة فالجعل باطل والكفالة جائزة أما الجعل باطل لان الكفيل مقرض فى حق المطلوب واذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل لانه ربا والكفالة جائزة لانها مطلقة غير معلقة بالجعل

فاما اذا كان الجعل مشروطا فى الكفالة ذكر ان الجعل باطل والكفالة باطلة أما الجعل باطل لما بينا وكان يجب أن تصح الكفالة لان الكفالة مما لا يبطلها

ظاهر اللفظ وفى الخلاصة كفل بماله على أن يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا فى الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة اهـ وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت فى صلبها اهـ وهكذا فى معراج الدراية ونقل فى البناية ما فى العناية والمعراج ولم يتعقبه وقد ظهر لى أنه لا حاجة الى جعل التعليق بمعنى التأجيل بل المراد انما صحت الكفالة مع هذا التأجيل لان الكفالة لما صح تعليقها بشرط فى الجملة وهو الملائم لم تبطل بالشروط الفاسدة والتأجيل بغير المتعارف شرط فاسد فلم تبطل به ولا يخالفه فرع الخلاصة لانه الاجل بعد العقد كما قدمناه فليس فى صلبها وفى الخانية كفل عن رجل بدين له على أن فلانا وفلانا يكفلان عنه بكذا وكذا من هذا المال فابى الآخران أن يكفلا قال الفقيه أبو بكر البلخى الكفالة الاولى لازمة ولا خيار له فى ترك الكفالة اهـ (قوله فان كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الاصيل لانه مدع (قوله والاصدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) أى وان لم يبرهن فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفى العلم لا على البتات كما فى الايضاح ولا يكون قول المطلوب حجة عليه لانه اقرار على الغير وهو معنى قوله ولا ينفذ قال العينى بالتشديد قيد بقوله على الكفيل لانه ينفذ على نفسه قيد بقوله بماله عليه لانه لو كفل بما ذاب لك على فلان أو بما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وذاب بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بمالك عليه فانها بالدين القائم فى الحال وماذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب ثبت باقراره وخرج أيضا ما اذا كفل بما قضى لك عليه فلا يلزمه الا بقضاء القاضى ومثل مالك عليه ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقررت له بالف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه فى الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فلو قال ما أقر به فاقر به للحال لزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أبى المطلوب اليمين فالزمه القاضى اليمين فنكل لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفى الخلاصة رجل قال ما أقر به فلان فعلى فمات الكفيل ثم أقر فلان لزم فى تركة الضامن وكذا ضمان الدرك واذا كفل بهذا اللفظ فى صحته ثم مرض الكفيل فاقر المطلوب بالف لزم المريض جميع ما أقر به فى جميع ماله كذا فى الخانية وفى الخلاصة رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه منى وأقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ به الكفيل استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما وفى فتاوى قاضيخان

الشروط الفاسدة ألا ترى انه لو كفل الى أن تهب الريح أو تمطر السماء كان الشرط باطلا والكفالة صحيحة فيجب أن يكون الجواب ههنا كذلك والجواب عنه ان الكفالة متى بطلت انما بطلت لانه شرط فيها شرط فاسد فان لم تصح من حيث انه علقها بشرط للكفيل فيه منفعة لان الكفيل ممن ينتفع بالجعل فلابد من مراعاة الشرط لتثبت الكفالة والشرط لم يثبت لما لم يستحق الجعل فلا تثبت الكفالة وكان بطلان الكفالة من هذا الطريق لا من حيث انه شرط بخلاف شرط هبوب الريح ومطر السماء لانه شرط لا ينتفع به الكفيل واذا لم يكن للكفيل فيه منفعة لم تجب مراعاة هذا الشرط كما لو شرط فى البيع شرط لا ينتفع به أحدهما واذا لم يثبت كانت الكفالة مرسلة اهـ من كفالة خواهر زاده (قول المصنف فيما أقر بحلفه) أى على نفى العلم لا على البتات وأقول وينبغى تقييده بما لو أقر بما يكفل به عادة حتى لو أقر بان له عليه درهما لم يقبل منه كذا فى النهر (قوله قال العينى بالتشديد) قال فى النهر وليس بمتعين

فان كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه والاصدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل

رجل

(قوله وانه كفل له بامر فلان الغائب قبلت الخ) قيد بقوله بامر فلان لانه بدون أمره يكون قضاء على الحاضر فقط وستأتي المسئلة متنا أوائل الفصل الآتي (قوله ومعنى الامر أن يشتمل الخ) الظاهر ان هذا شرط فيما اذا كانت بصيغة الامر من المطلوب للرجوع بقيد آخر سنذكره والافسيأتي في القولة الآتية انه لو كفل بغير أمره ثم أجازها في المجلس تصير موجبة

رجل قال لغيره ماذاب لك على فلان من حق أو ماقضى لك عليه من حق فهو على فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل انه له على المكفول عنه ألف درهم لا تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه ولو أقام المدعي على الكفيل بينة أن قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم قبلت هذه البينة ويقضي على الكفيل بامر ويكون ذلك قضاء على الغائب ولو كفل رجل عن رجل بامره بما للطالب على المكفول عنه فغاب الاصيل فاقام الطالب البينة على الكفيل ان له على فلان الغائب ألف درهم وأنه كفل له بامر فلان الغائب قبلت هذه البينة و يكون ذلك قضاء على الحاضر وعلى الغائب اهـ (قوله فان كفل بامره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بامره ومعنى الامر ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول أكفل عني أو اضمن عني لفلان فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال كذا في فتح القدير وخرج عنه مسئلة في الخانية لو قال ادفع له كل يوم درهما على على أن ذلك على فدفع له كل يوم حتى اجتمع مال كثير فالكل على الكفيل اهـ وبه علم أن لفظة عني ليست شرطا بل هي أو ما قام مقامها وهو على أن ذلك على وكذا الخليط يرجع بالاجماع وان لم يقل عني والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه كذا في فتح القدير وأطلق الامر فشمل الحقيقي كما مثلنا والحكمي كما اذا كفل الاب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات فاخذ من تركته فان للورثة الرجوع في نصيب الابن لانه كفالة بامر الصبي حكما لثبوت الولاية بخلاف ما اذا أدى الاب بنفسه ولم يشهد فانه لا رجوع له لاحتمال أنه أدى تبرعا كما هو العادة بخلاف ما اذا أشهد فان الصريح يفوق الدلالة كذا في شرح المجمع للمصنف من المهر ومن الامر الحكمي ما في تلخيص الجامع الكبير لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها فبرهن المدعي عليها بالامر وقضى بها على الكفيل وأدى فانه يرجع على المديون وان كان مناقضا لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه وقال زفر لا رجوع لانه أقر أنه لا حق له حين جحدها اهـ وقول المطلوب اضمن عني لفلان كذا اقرار بالمال لفلان كما في الخانية وأطلق في قوله كفل بامره وهو مقيد بمن يصح أمره فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين اذا أدى كفيلهما بالامر لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه وأما الصبي فلا رجوع عليه مطلقا ولو تكفل الكفيل باذن وليه كما في المبسوط بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وان لم يكن أهلا لها وأطلق في قوله بما أدى وهو مقيد بان يؤدي ما ضمن أما اذا أدى خلافه بان كان المكفول به جيدا فادى رديئا أو بالعكس فان رجوعه بما ضمن لا بما أدى لكونه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه الكفيل بالهبة أو بالارث ولا يرد عليه أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين لانا ننقل الدين اليه بمقتضى الهبة للضرورة وله نقله بالحوالة أو بجعل الدين الواحد كدينين بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى ان أدى أردأ من الدين وان أدى أجود لم يرجع الا بالدين لان حق رجوعه

تامل (قوله وبه علم ان لفظة عني ليست شرطا الخ) قال في النهر وفيها أي في الخانية على كعني فلو قال اكفل لفلان بالف درهم على أو انقده ألف درهم على أو اضمن له الالف التي على أو اقضه

فان كفل بامره رجع بما أدى عليه

ماله على ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية الاصل وعن أبي حنيفة في المجرد اذا قال لفلان اضمن لفلان الالف التي له على فضمنها وأدى اليه لا يرجع اهـ وتامله مع ما ذكره المؤلف عن فتح القدير نعم ذكر في الفتح بعد ما نقله المؤلف عنه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد فلعل رواية الاصل قول أبي يوسف تامل (قوله وأطلق في قوله بما أدى الخ) قال في الولوالجية ولو دفع الخليط زيوفا أو نبهرجة لم يرجع على صاحب الاصل الا بهما ولو أدى الكفيل أو

المحو يل زيوفا والدين جيادا رجع على المكفول عنه بالجياد وكذا المحويل والفرق ان الخليط مأمور بقضاء الدين عن الآمر فيرجع بحكم الاقراض وأما الكفيل والمحويل انما يرجعان من حيث انهما يملكان ما في ذمتهما ويجوز أن يملك الجياد بالزيوف لانها تصلح بدلا عنها فكان لهما أن يرجعا بما ملكا في ذمتهما اهـ فعلم ان الخليط غير كفيل بل مأمور بقضاء الدين

وان كفل بغير أمره لم يرجع ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه فان لوزم لازمه

انما هو بالاداء بامره ولذا لا علكه لو وهب له فيرجع بما أدى مالم يخالف أمره بالزيادة أو بجنس آخر وقوله رجع بما أدى مقيد بما اذا دفع ما وجب دفعه على الاصيل فلو كفل عن المستاجر بالاجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما في اجارات البزازية وأطلق فيما أدى فشمل ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها على خمسمائة فانه يرجع بالخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف لانه اسقاط أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وفي فتح القدير من بيع الفضولي اذا كفل بالمسلم فيه وأداه من ماله يصير مقرضا حتى لا يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له اهـ وفي رهن الخانية باع شيأ وأخذ بالثمن كفيلا بامر المشتري فادى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع عند البائع فان الكفيل لا يخاصم البائع ولا يرجع عليه بالثمن وانما يخاصم المشتري ثم المشتري يرجع على البائع بما دفع الكفيل اليه اهـ (قوله وان كفل بغير أمره لم يرجع) لانه متبرع بادائه عنه أطلقه فشمل ما اذا كفل بغير أمره ثم أجازه الا ان الكفالة لزمته ونفذت عليه بغير أمر غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له كما في الكافي وهذا اذا أجاز بعد المجلس أما اذا أجاز في المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كذا في فصول العمادية وفي آخر الولوالجية من الحيل رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع الي مالي على المكفول عنه حتى تبرأ عن الكفالة فاراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب فالحيلة في ذلك أن يدفع الدين الى الطالب ويهب الطالب مال المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة فاذا قبضه يكون له حق الرجوع لانه لو دفع اليه المال بغير هذه الحيلة يكون متطوعا ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز اهـ وقد ذكر قاضيخان في هذا الكتاب مسائل الامر بنقد المال وانها على أربعة أقسام منها ما يرجع المامور على الآمر سواء قال ادفع عني أو لم يقل خليطا كان الآمر أو لا وهي أن يقول اكفل لفلان بالف درهم علي أو انقده ألف درهم على أو اضمن له الالف التي علي أو اقضه ماله علي أو اعطه الالف التي له علي أو ادفع كذلك ففي هذه كلها كلمة على كعني ومنها ما يرجع ان كان خليطا والا لا لو قال ادفع الى فلان ألفا ولم يقل عني ولا علي فدفعها رجع ان كان خليطا والا لا ومنها ما لا رجوع فيه في جميع الاحوال الا اذا شرط الآمر الضمان وقال علي اني ضامن وهي ما لو قال هب لفلان عني ألفا فاذا وهب المامور كانت من الآمر ولا رجوع للمامور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع ولو قال علي اني ضامن ففعل جازت وضمن الآمر للمامور وللآمر الرجوع فيها دون الدافع وكذا أقرض فلانا ألفا وكذا عوض عني فلانا فان قال على ان ترجع علي رجع والا فلا وكذا كفر عن يميني بطعامك أو أدز كاة مالي بمال نفسك أو أحج عني رجلا أو أعتق عني عبدا عن ظهاري وليس في نسختي بيان القسم الرابع الذي قال فيه أو لا أنه يرجع ان ذكر عني والا فلا (قوله ولا يطالب الكفيل بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه انما التزم المطالبة وانما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك فان قلت هل للكفيل أخذ الرهن من الاصيل قبل أن يؤدي عنه قلت نعم قال في الخانية كفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر في الاصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فاعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز اهـ قيد بالكفيل لان الوكيل بالشراء له الرجوع على الموكل قبل الاداء لما بينهما من المبادلة الحكمية حتى تحالفا لو اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل حبس المبيع الى استيفاء الثمن (قوله فان لوزم لازمه) أي ان لازم الكفيل الطالب لازم الاصيل ليخلصه من هذه

(قوله أما اذا أجاز في المجلس فانها تصير موجبة للرجوع) أي اذا أجازها المطلوب أولا ثم الطالب وان بالعكس فلا رجوع كما سيذكره المؤلف عن السراج في شرح قوله وبلا قبول الطالب في مجلس العقد (قوله ولم يقل عني) مفهومه انه ان قال عني يرجع وان لم يكن خليطا وهذا هو القسم الرابع فافهم (قوله فان قلت هل للكفيل أخذ الرهن من الاصيل) الاحسن والاوفق لعبارة الخانية أن يقال للاصيل دفع الرهن للكفيل لئلا يوهم الزام الاصيل بذلك اذا طلبه الكفيل وعبارة الخانية لا تفيد ذلك تامل

(قوله وينبغي أن يقيد أيضا بما اذا كان المال حالا الخ) يقيد أيضا بما في القهستاني حيث قال وان حبس حبس هو المكفول عنه الا اذا كان كفيلا عن أحد الابوين أو الجدين فانه ان حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة اهـ وفي حاشية أبي السعود وقيده في الشرنبلالية بما اذا لم يكن من أصول الدائن فاذا كان المدين أصلا لا يحبس كفيله ولا يلازم لما يلزم من فعل ذلك بالاصيل وهو ممتنع اهـ أقول في دعوى اللزوم نظر بدليل ما في القهستاني وساق عبارته ثم قال فهذا صريح في ان حبس الكفيل لا يمتنع وان كان المدين من أصول رب الدين انما الممتنع حبس الاصيل فقط فلا يعول على ما في الشرنبلالية وان تبعه بعضهم لكونه مخالفا للمنقول اهـ قلت وبالله التوفيق لا مخالفة بينهما عند التحقيق لان ما في القهستاني فيما اذا كان الدائن أجنبيا والمكفول أصلا للكفيل وهو استثناء من حبس الكفيل للمكفول اذا حبسه الطالب وما في الشرنبلالية فيما اذا كان الكفيل أجنبيا والمكفول أصلا للدائن وهو استثناء من ملازمة الدائن وهو الطالب للكفيل وحاصل الكلام حينئذ ان الطالب له ملازمة الكفيل الا اذا كان المكفول أصلا للطالب لما يلزم من ملازمته له وحبسه اياه حبس أصله بدينه بواسطة حبسه للكفيل وهذا ظاهر وقد ذكره الشرنبلالي تفقها منه وله في ذلك رسالة خاصة سماها النعمة المجددة بكفيل الوالدة ومبناها على سؤال صورته في امرأة استدانت من ابنها مالا وكفلها باذنها فيه أجنبي ثم ان الابن أراد حبس كفيل أمه فهل له ذلك قال فاجبت بانه ليس له حبسه اذ يلزم من حبسه حبس الام وانه لا يجوز ولكني أعجب من العلامة الشرنبلالي حيث فهم مخالفة كلام القهستاني لكلامه فاورده سؤالا على ما قرره ثم أجاب باني لم أر في الخلاصة ما يفيده ومن ادعى افادته فعليه البيان وأنت قد علمت عدم المنافاة لانه اذا كان الدائن أجنبيا وحبس الكفيل عن أصله أي أصل الكفيل لا يلزم محذور نعم المحذور في حبس الكفيل مكفوله الذي هو أصله فلذا استثناه هذا ما ظهر لي بعون الله تعالى فتأمله يظهر لك حقيقته ان شاء الله تعالى وسيأتي في باب الحبس من كتاب القضاء عند قول المتن ويحبس الرجل في نفقة زوجته لا في دين ولده عن الخير الرملي انه وقع الاستفتاء فيما ذكره الشرنبلالي من الصورة وذكر الرملي هناك ان للكفيل حبس المديون الذي هو أصل الدائن لانه انما حبس لحق الكفيل ولذا يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه الذي يثبت له أو يثبت على قول من يجعلها ضما في الدين وعلى قول من يجعلها ضما في المطالبة فلم يدخل في قولهم لا يحبس أصل في دين فرعه لانه انما حبسه أجنبي فيما ثبت له عليه اهـ ومفاده ان للدائن الذي هو فرع المديون حبس الكفيل الاجنبي وان لزم منه حبس أصله وهو مخالف لما

وبرئ باداء الاصيل ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه

العهدة وأشار الى أنه لو حبس الكفيل حبس المطلوب وقدمنا عن البزازية أنه مقيد بما اذا كانت الكفالة بامره والا فلا يلازم الاصيل لانه ما أدخله ليخلصه وقدمنا أن للطالب حبسهما وينبغي أن يقيد أيضا بما اذا كان المال حالا على الاصيل كالكفيل والا فليس له ملازمته وسيأتي بيان الحلول على الكفيل وحده وقيده في السراج الوهاج أيضا بما اذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا يلازمه وأشار المؤلف الى أن المحال عليه اذا لوزم وكانت الحوالة بامر المحيل كان له أن يلازم المحيل ليخلصه عن ملازمة المحال له واذا حبسه كان له أن يحبسه الا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله وقد احتال بماله عليه مقيدا فليس للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لوزم ولا يحبسه اذا حبس اهـ (قوله وبرئ باداء الاصيل) أي برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءته لانه لا دين عليه في الصحيح وانما عليه المطالبة فيستحيل بقاؤها بلا دين هكذا ذكر الشارح تبعا للهداية وظاهره أن القائل بان الكفيل عليه دين لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به حكمي فيسقط باداء واحد اهـ (قوله ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) لما قدمناه أنه يلزم من ابراء الاصيل ابراؤه والتاخير ابراء موقت فتعتبر بالابراء المؤبد وانما قال أبرأ الاصيل أي أبرأ الطالب ولم يقل لو برئ الاصيل لانه لا يلزم من براءته براءته لما في الخانية ضمن له ألفا على فلان فبرهن فلان انه كان قضاه اياها قبل الكفالة فانه يبرأ الاصيل دون الكفيل ولو برهن انه قضاه بعدها يبرآن اهـ فقد برئ الاصيل في الوجه الاول فقط ولكن يخرج عنه حينئذ مسئلة في الخانية هي لو مات الطالب والاصيل وارثه برئ الكفيل أيضا لكون المطلوب ملك في ذمته فبرئ وبراءته توجب براءته فعلى هذا لو عبر ببرئ لشملها ويجاب عما ذكرناه من فرع الخانية السابق بانه ليس من باب البراءة وانما تبين أن لا دين على الاصيل

أفتى به الشرنبلالى فليتامل (قوله وهو يدل على ان الدين الخ) قال الرملى تقدم فى الكفالة ماهو صريح فى ذلك فراجعه اه قلت وسياتى قريبا فى شرح قوله ولا ينعكس ما يخالفه (قوله وفى السراج الوهاج و يشترط قبول الاصيل الخ) قال الرملى وفى التتارخانية نقلا عن المحيط ولو وهب الطالب المال من المطلوب أو أبرأه منه فمات قبل الرد فهو برىء وان لم يمت ورد الهبة فرده صحيح والمال على المطلوب والكفيل على حاله وان رد الابراء هل يبرأ الكفيل لا ذكر لهذه المسئلة فى شئ من الكتب

والكفيل عومل باقراره كما لا يخفى وخرج عن مسئلة الكتاب ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل فان الاصيل يبرأ دون الكفيل لكونها صارت مجازا عن الحوالة وفى جامع الفصولين باع المديون بيع وفاء برئ كفيله فلو تفاسخا لا تعود الكفالة اه وهو يدل على ان الدين اذا عاد الى الاصيل بما هو فسخ لا يعود على الكفيل وسياتى عن التتارخانية بيانه وفى السراج الوهاج و يشترط قبول الاصيل البراءة وان ردها ارتدت وهل يعود الدين على الكفيل فيه قولان وموت الاصيل كقبوله وانما قال أو أخر عنه للاحتراز عما اذا تأخرت المطالبة عن الاصيل لا بتأخير الطالب كالعبد المحجور اذا لزمه شئ بعد عتقه فكفل به انسان فان الاصيل تتأخر المطالبة عنه الى اعتاقه و يطالب كفيله بالمال ومنه المكاتب اذا صالح عن دم عمد وكفل به رجل ثم عجز تأخرت المطالبة عن الاصيل دون الكفيل والمسئلتان فى الخانية معللا بان الاصيل انما تأخرت عنه لاعساره ومفهومه ان الاصيل لو كان معسرا ليس للطالب مطالبته و يطالب الكفيل لو موسرا وفى التتارخانية لو أجل الطالب الاصيل فلم يقبل صار حالا علما ولو أجله شهرا ثم سنة دخل الشهر فى السنة والآجال اذا اجتمعت انقضت بمرة اه وفى النهاية ان ابراء الاصيل وتأجيله يرتدان بالرد وابراء الكفيل يرتد بالرد وأما تأجيله فلا يرتد بالرد اه (قوله ولا ينعكس) أى براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا التأخير عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان عليه المطالبة و بقاء الدين على الاصيل بدونه جائز قيد بالتأخير أى التأجيل بعد الكفالة بالمال حالا لانه لو كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه كذا فى الهداية أطلقه فى براءة الكفيل فشمل ما اذا قبل أو لم يقبل كما فى السراج الوهاج وأشار باقتصاره على عدم براءة الاصيل الى أن الكفيل اذا أبرأه الطالب فلا رجوع له عليه بخلاف ما اذا وهبه الدين أو تصدق به عليه فان له الرجوع على الاصيل ولا بد من قبول الكفيل فى الهبة والصدقة فلو كان الابراء والهبة بعد موته فقبل الوارث صح فان رد ورثته ارتد فى قول أبى يوسف و بطل الابراء لانه ابراء لهم وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأه فى حياته ثم مات و يستثنى من قوله براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ما فى السراج الوهاج لو أحال الكفيل الطالب على رجل فقبل الطالب والمحال عليه برئ الكفيل والاصيل لان الحوالة حصلت بأصل الدين والدين أصله على المكفول عنه فتضمنت الحوالة براءتهما ولو اشترط الطالب وقت الحوالة براءة الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا يبرأ المكفول عنه وللطالب أن يأخذ بدينه أيهما شاء ان شاء الاصيل وان شاء المحال عليه ولا سبيل له على الكفيل حتى يتوى المال على المحال عليه اه وكذا يستثنى منه ما فى الخانية اذا مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل عن الكفالة و بقى المال على المكفول عنه على حاله وان كانت الكفالة بغير

أمره

واختلف المشايخ فيه منهم من قال لا يبرأ فهذا القائل سوى بين الهبة و بين الابراء ومنهم من قال يبرأ الكفيل اه فقوله فى الشرح وهل يعود الدين على الكفيل أى بعد رد الاصيل البراءة (قوله وفى التتارخانية لو أجل الطالب الاصيل

ولا ينعكس

الخ) قال فى النهر فيه تأييد لقول من قال فى الابراء المردود ان الدين يعود على الكفيل أيضا (قوله وابراء الكفيل يرتد بالرد الخ) ذكر مثله فى الفتح وسيذكر المؤلف فى شرح قوله و بطل تعليق البراءة نقل مثله عن الهداية أيضا ثم ذكر بعده عن الخانية لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجا قال المؤلف هناك فثبت ان ابراء الكفيل أيضا يرتد بالرد قال فى النهر وفيه نظر اه أى لان قوله أخرجتك ليس ابراء بل هو فى معنى الاقالة لعقد الكفالة والاقالة تتم بالمتعاقدين فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة بخلاف الابراء فانه محض اسقاط فيتم بالمسقط كذا فى شرح المقدسى على نظم الكنز (قوله و يستثنى من قوله براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الخ) قال فى النهر لا معنى لهذا الاستثناء بعد ان الكلام فى الابراء بمعنى الاسقاط على انه فى الفرع الاول انما برئ

أمره برئ المطلوب أيضا لانه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثا لورثته ولو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو الهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره وان كانت بغير أمره لا رجوع اه ففيما اذا مات الطالب والكفيل وارثه وكانت بغير أمره لزم من براءة الكفيل براءة الاصيل ثم اعلم ان قول صاحب الهداية فيما قدمناه لو كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر يتأجل عن الاصيل أيضا محمول على غير القرض لما في التتارخانية واذا كفل بالقرض مؤجلا الى أجل مسمى فالكفالة جائزة والمال على الكفيل الى الاجل المسمى وعلى الاصيل حال وعزاه الى الذخيرة ثم عزا الى الغياثية لو كفل بالقرض فأخر عن الكفيل جاز ولا يتأخر عن الاصيل ويخالفه ماصرح به في تلخيص الجامع من انه شامل للقرض فان هذا هو الحيلة في تأجيل القروض وقدمناه في التأجيل وللطرسوسي في أنفع الوسائل كلام فيه فراجعه وفيها ولو كفل بدين مؤجل ثم باعه الكفيل شيأ بالدين قبل حلوله سقط ولو أقال البيع أو رد بالتراضي عاد الدين ولم يعد الاجل ولو انفسخت الحوالة بالتوى عاد الاجل وكذا لو باع الاصيل الطالب بدينه سقط فلو رد عليه بملك جديد عاد الدين على الاصيل ولم يعد على الكفيل وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل ولو كان الاجل لاحد الكفيلين أكثر فحل على الآخر وأدى رجع على الاصيل حتى يحل على الآخر أو يرجع الآخر بنصفه ثم يتبعان الاصيل بالنصف اه واذا لم يكن تأجيل الكفيل تأجيلا للاصيل فاذا أدى الكفيل قبل مضي الاجل لا رجوع له على الاصيل حتى يمضي الاجل باتفاق الروايات وكذا اذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الاصيل وكذا اذا حل على الاصيل بموته لا يحل على الكفيل وعن أبي يوسف اذا كان على رجلين ألف مؤجل وكل واحد كفيل عن صاحبه فمات أحدهما أخذ ما عليه بالاصالة وأما ما عليه بالكفالة يبقى مؤجلا هو الصحيح كذا في التتارخانية

الكفيل لبراءة الاصيل وسيأتي في الصلح مايرشد اليه (قوله وعزاه الى الذخيرة) يعني قوله والمال على الكفيل الى الاجل المسمى وعلى الاصيل حال وأما قوله واذا كفل بالقرض مؤجلا الى قوله جائزة فقد رمز للمحيط وقوله ولو كفل بدين مؤجل الى قوله اه هذا ذكره في التتارخانية معزيا الى الغياثية بعد قوله ولا يتأخر عن الاصيل تنبه قاله الرملي (قوله ويخالفه ماصرح به في تلخيص الجامع الخ) نقل بعض الفضلاء عن الفتاوى الهندية تفصيلا فقال واذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة من ثمن مبيع فكفل بها رجل الى سنة فهذا على وجهين ان أضاف الكفيل الاجل الى نفسه بان قال أجلني ثبت الاجل في حق الكفيل وحده واذا لم يضف الاجل الى نفسه بل ذكر مطلقا ورضي به الطالب ثبت الاجل في حق الكفيل والاصيل جميعا اه فتامل لعلك تحظى بالتوفيق (قوله وللطرسوسي كلام الخ) حيث نقل أولا عن شرح مختصر الكرخي للقدوري وعن المحيط وخزانة الاكمل وشرح التكملة وغيرها مثل مافي التتارخانية ثم قال فتحرر لنا من هذا كله ان الكفالة بالقرض الى أجل تصح وتكون مؤجلة على الكفيل وحده وعلى الاصيل حال كما كان ولا يلتفت الى ما قاله الحصيري من قوله في التحرير اذا كفل بالقرض الى أجل يتأجل على الاصيل وهذه الحيلة في تأجيل القرض فان كل الكتب ترد ذلك ولم ينقل هذه العبارة أحد غيره واذا دار الامر بين أن يفتى بما قاله الحصيري وحده أو بما قاله القدوري وكل الاصحاب فلا يفتى الا بما قاله القدوري وبقية الاصحاب ولا يفتى بما قاله الحصيري ولا يجوز أن يعمل به وكان بعض القضاة يحكم بما قاله الحصيري من غير أن يعرف ان الحصيري ذكره وانما كان يقول سمعنا ذلك من المشايخ انه هو الحيلة في تأجيل القرض وهو خطأ لا يجوز أن يعمل به (قوله وبالفسخ من كل وجه يعود على الكفيل الخ) قال الرملي قدم في الاقالة عن الصغرى ولو رده بعيب بقضاء كان فسخا من كل وجه فيعود الاجل كما كان ولو كان بالدين كفيل لا تعود الكفالة في الوجهين اه فهو مخالف لما هنا فتامل وأقول أعقب هذا في التتارخانية بنقول مخالفة لهذا فنقل عن المحيط انه يبرأ الكفيل سواء كان الرد بعيب بقضاء أو برضا وماذكره في هذا الشرح عنه نقله عن الفتاوى العتابية ونقل بعده عن السغناقي عن المبسوط التفصيل بين الرد بالقضاء فيعود على الكفيل وبين الرد بالرضا فلا يعود والحاصل ان فيها خلافا بينهم تنبه (قوله وأما ماعليه بالكفالة يبقى مؤجلا هو الصحيح) قال الغزي هذا التصحيح مشكل فان المنصوص عليه في الكتب المعتمدة وذكره المصنف أيضا ان المال المكفول به يحل بموت الكفيل ومقتضاه أن يكون ماعليه بالكفالة حالا أيضا وان لم يحل على الاصيل قال شيخ الاسلام عبد البر في شرح الوهبانية فان كان المال المكفول مؤجلا في المبسوط انه يحل بموت الكفيل ويؤخذ

(قوله ولوصالح أحدهمارب المال عن ألف على نصفه برئا) أى صالح الاصيل أو الكفيل الطالب على نصف الدين برئ الكفيل والاصيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبرأ وبراءته توجب براءة الكفيل وأما اذا صالح الكفيل فلانه أضافه الى الالف الدين وهى على الاصيل فبرئ عن خمسمائة فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف مااذا صالح على جنس آخر لكونه مبادلة فلكه فرجع بالالف أطلقه فشمل مااذا شرط الكفيل براءتهما أو براءة الاصيل أولم يشرط شيأ وأما اذا شرط براءة الكفيل وحده برئ دون الاصيل هكذا ذكر الشارح وليس المراد ان الطالب باخذ البدل فى مقابلة ابراء الكفيل عنها وانما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقى على الاصيل قال فى الهداية ولو كان صالحه عما استوجب من الكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة اهـ قال فى النهاية أى ماوجب بالكفالة وهو المطالبة صورته مافى المبسوط لوصالحه على مائة درهم على ان ابراء الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين اهـ وهكذا فى فتح القدير وقال قبله وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بامره والطالب بخمسمائة اهـ وفى التتارخانية الكفيل ان كان بالنفس اذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على ان ابراءه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها فلو كان كفيلا بالنفس والمال عن انسان واحد وصالح على خمسين بالشرط برئ ثم قال الكفيل بالنفس اذا قضى الدين الذى على الاصيل على انه يبرئه عن الكفالة ففعل جاز القضاء والابراء وأما اذا أعطاه عشرة ليبرئه عن الكفالة بالنفس فابرأه لم يسلم له العوض باتفاق الروايات وفى براءته عنها روايتان اهـ وفى الخانية لوصالح الكفيل الطالب على شئ ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل اهـ وهو باطلاقه شامل للكفالة بالمال والكفالة بالنفس (قوله وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على المطلوب) أى الكفيل على الاصيل معناه اذا ضمن بامره لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فيرجع فصار كاقراره بالقبض منه أو النقد منه أو الدفع اليه واستفيد منه براءة المطلوب للطالب لاقراره كالكفيل (قوله وفى برئت أو أبرأتك لا) أى فى قول الطالب للكفيل برئت بفتح التاء أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على المطلوب أما فى أبرأتك فلا خلاف فيه لانه ابراء لا ينتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء وأنت فى حل بمنزلة أبرأتك وأما فى برئت فقال محمد هو مثله لاحتمال البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا رجوع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا

فلا يستحق الرجوع بالدين معجلا ولا تقوم الورثة مقامه فى الرجوع فلومات المطلوب قبل أجله حل عليه ولم يحل على الكفيل أما الاصيل فلانه مات من له الاجل وأما الكفيل فلانه لو أسقط الاصيل فى حياته الاجل يسقط فى حقه ولا يسقط فى حق الكفيل لانه يريد أن يلزم الكفيل زيادة لم يلتزمها الكفيل فكذا اذا سقط الاجل بموته اهـ كذا فى حاشية الرملى (قوله صورته مافى المبسوط الخ) هذا لا يظهر تصويرا لعبارة الهداية وانما هو صورة مااذا شرط براءة الكفيل وحده وهو ماقدمه عن الزيلعى لان مافى المبسوط وقع فيه الصلح عن المال لاعما استوجبه الدائن على الكفيل من المطالبة فكلام النهاية غير محرر ولذا ذكره فى الفتح كالمتبرئ منه حيث قال وجعل فى النهاية صورة هذه المسئلة مافى المبسوط الخ (قوله وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه) قال فى النهر والظاهر ان فى لفظ الحل لا يرجع اليه لظهور انه مساعحة الا انه أخذ منه شيأ اهـ وفيه نظر يظهر بادنى

ولوصالح أحدهمارب المال عن ألف على نصفه برئا وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على المطلوب وفى برئت أو أبرأتك لا

نظر ثم ان عبارة المؤلف تفيد ضعف هذا القول وعبارة فتح القدير قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا الخ ومشى عليه في متن الغرر والملتقى وجزم به الزيلعي وابن الكمال (قوله وفي فتح القدير والحوالة كالكفالة في هذا) يوهم انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه براءة اسقاط انه لا يرجع المحال عليه على المحيل مع ان المحتال عليه اذا أدى الدين ولو حكما له الرجوع والاداء الحكمي مثل ما لو وهبه اياه المحال كما سيأتي في بابه فتامل (قول المصنف وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أقول الظاهر ان اضافة تعليق الى البراءة من اضافة الصفة الى موصوفها

والمعنى وبطلت البراءة المعلقة بالشرط واذا بطلت البراءة المذكورة تبقى الكفالة على أصلها فللطالب المطالبة بدليل التعليل فان البراءة لما كان فيها معنى التمليك لم تصح بالتعليق كما ان

وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

التمليك المعلق لا يصح وليس المراد ان تعليق البراءة باطل لتكون البراءة صحيحة منجزة اذ لو كان كذلك لبطلت الكفالة ولما صح التعليل فان البراءة من الكفالة فيها معنى التمليك والتمليك المعلق بالشرط غير صحيح وأما نفس التعليق فليس فيه معنى التمليك فتعين ان الذي بطل هو البراءة المعلقة لا نفس تعليقها وحينئذ فتبقى الكفالة صحيحة على أصلها تامل ثم رأيت في هامش نسختي شرح المجمع وهي نسخة

قديمة مكتوبة على نسخة شارحه بخط بعض العلماء مكتوبا على الهامش عند قول المتن ولا يصح تعليق البراءة منها بالشرط ما نصه معناه ان الكفالة جائزة والشرط باطل اه وهذا عين ما فهمته ولله الحمد (قوله فثبت ان ابراء الكفيل أيضا يرتد بالرد) أقول هذا وارد على قول الهداية السابق ولهذا لا يرتد بالرد لكن يمكن أن يقال ان ما في الخانية مبني على خلاف الصحيح تامل وقدمنا قبيل ورقتين الجواب بان ما في الخانية اقالة لعقد الكفالة لا ابراء (قوله الذي لا منفعة للطالب فيه الخ) أقول الظاهر ان منه ما سأل عنه من قول الكفيل كفلت لك فلانا على انك ان طالبتني به عليه قبل حلول أجل الدين فلا كفالة لك

يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل حتى في برئت الى لاحتمال لاني أبرأتك مجازا وان كان بعيدا في الاستعمال كذا في النهاية وفي فتح القدير والحوالة كالكفالة في هذا قيد بقوله برئت لانه لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب عليه الصك فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء كذا في فتح القدير واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي على منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال أبرأني من المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل كذا في فتح القدير وفي البزازية من الدعوى دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون اقرارا بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون ودعوى البراءة عن المال اقرار وقول المتقدمين أصح اه (قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراآت ويروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل كذا في الهداية وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح وذكر الزيلعي الشارح انه لا يصح التعليق أيضا وان لم يكن عليه الا المطالبة لما فيه من تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبله وفي الخانية لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجا اه فثبت ان ابراء الكفيل أيضا يرتد بالرد وفي المعراج قيل المراد بالشرط الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلا كدخول الدار ومجيء الغد لانه غير متعارف اما اذا كان متعارفا فانه يجوز كما في تعليق الكفالة لما في الايضاح لو كفل بالمال والنفس وقال ان وافيتك غدا فانا بريء من المال فوافاه غدا يبرأ من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال وكذا اذا علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز ذكره في مبسوط شيخ الاسلام فعلم ان المراد بالشرط الشرط الغير المتعارف واختلاف الروايتين في صحة التعليق محمول على هذا فرواية عدم الجواز فيما اذا كان غير متعارف ورواية الجواز فيما اذا كان متعارفا اه فعلى هذا فكلام المؤلف محمول على شرط غير متعارف وأراد من الكفالة الكفالة بالمال احترازا عن كفالة النفس فانه يصح تعليق البراءة منها على تفصيل مذكور في الخانية قال اذا علق براءة الكفيل بالنفس بشرط فهو على وجوه ثلاثة في وجه تجوز البراءة ويبطل الشرط

نحو أن يكفل رجل بنفس رجل فابرأه الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم جازت البراءة ويبطل الشرط وان صالح الكفيل المكفول له على مال ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل ولا يبرأ عن الكفالة في رواية الجامع واحدى روايتي الحوالة والكفالة وفي رواية أخرى يبرأ عن الكفالة وفي وجه تجوز البراءة والشرط وصورة ذلك رجل كفل بنفس رجل وبما عليه من المال فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال الى الطالب ويبرئه عن الكفالة بالنفس جازت الكفالة والشرط وفي وجه لا يجوز كلاهما وصورة ذلك رجل كفل بنفس رجل خاصة فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع اليه المال ويرجع بذلك على المطلوب فانه يكون باطلا اه (قوله والكفالة بحد وقود) أي بطل التكفيل بحد وقود لانه يتعذر ايجابه عليه لعدم جريان النيابة في العقوبة لعدم حصول المقصود منها وهو الزجر قيد الكفالة بنفس الحد والقود لان الكفالة بنفس من عليه يجوز صرح به في البناية وأشار اليه في الهداية وقدمنا انه لا يجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة فليراجع في شرح قوله ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود (قوله ومبيع ومرهون وأمانة) أي وبطلت الكفالة بالمبيع والمرهون أما الكفالة بالمبيع للمشتري فلان المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن انما تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء أو المغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لان من شرطها أن يكون المكفول مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه الا بدفعه أو دفع مثله والمبيع قبل القبض ليس بمضمون على البائع حتى لو هلك لا يجب عليه شئ وانما ينفسخ به البيع والمرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل أطلقه فشمل ما اذا ضمن الرهن عن المرتهن للراهن أو عكسه كذا في جامع الفصولين وأما الامانة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعاريه والمستأجر في يد المستأجر فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل وهي غير مضمونة على الاصيل وقالوا رد الوديعة ليس بواجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها قيد بالكفالة بالعين لان الكفالة بتسليمها أمانة أو مضمونة صحيحة وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكره شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما أوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي أن لا فرق بين الثلاث الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة كذا في فتح القدير ورده على شمس الائمة السرخسي مأخوذ من معراج الدراية ويساعده قول الشارح ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جاز والا فلا فافاد أن التفصيل بين

على ثم طالبه قبل حلول الاجل فالذي يظهر بطلان البراءة المعلقة وبقاء الكفالة صحيحة على أصلها لانه لا نفع في هذا الشرط للطالب تامل (قوله قيد بالكفالة بالعين الخ) فرع ذكر في نور العين برمز الجامع ما نصه رب المتاع لو أخذ من مستعيره أو غاصبه برده كفيلا صح ولو رد رجع عليه باجر مثل عمله اذا الكفيل بامر يرجع بما ضمن وشمل عمله أجر عمله ولو أخذ به وكيلا لا كفيلا لا يجبر على رده لتبرعه بخلاف الكفيل اه (قوله وما ذكره شمس الائمة السرخسي الى قوله باطل) أخذه صاحب الفتح من الدراية ولم يلتفت اليه في العناية قال في النهر وفيه نظر لان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها لان هذا أمر موهوم ومن حفظ حجة على من لم يحفظ (قوله والوجه عندي أن لا فرق الخ) رد على التفصيل الآتي المنقول عن الشارح الزيلعي

أمانة وأمانة ضعيف (قوله وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا) أى صح الضمان لو كان المضمون الى آخره أما الثمن فلكونه دينا صحيحا مضمونا على المشترى وأما ماعداه فلكونه مضمونا بنفسه على الاصيل لانه اذا هلك وجبت قيمته وهى كهو ويستثنى من الثمن ماباع به صبى محجور عليه فكفل به رجل أو كفل بالدرك بعدما قبض الصبى الثمن لم تصح الكفالة لكونه كفل بماليس بمضمون على الاصيل وان كفل بالدرك قبل قبض الصبى صحت كذا فى الخانية ومما تصح به الكفالة من الاعيان بدل الصلح عن الدم لو كان عبدا فكفل به انسان صحت فان هلك قبل القبض فعليه قيمته ومنها المهر وبدل الخلع لان هذه الاشياء لاتبطل بهلاك العين كذا فى الخانية ولو كفل بالثمن فاستحق المبيع برئ الكفيل وكذا لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط ولو كفل المشترى بالثمن لغريمه ثم استحق المبيع برئ الكفيل ولو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء لا ولو كفل بالمهر عنه ثم سقط عنه كله قبل الدخول أو نصفه قبله برئ الكفيل عن الكل فى الاول وعن النصف فى الثانى حكما لبراءة الزوج ولو كفل بالثمن ثم ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما دفعه ان شاء على البائع وان شاء على المشترى وان فسد بعد صحته بان ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشترى على البائع وتمامه فى التاتارخانية هنا وذكر فى باب خيار الشرط لو كان بالثمن كفيل ففسخ المشترى فلم يرد المبيع الى البائع فله مطالبة الكفيل بالثمن حتى يرد المشترى المبيع اه وهو مخالف لقوله هنا ان الكفيل يبرأ بفسخ البيع بخيار الشرط ونحوه فليتأمل وأما ضمان المغصوب فان كان المضمون عينا قائما فيلزم الضامن احضارها وتسليمها الا قيمتها ان هلكت وان كان المضمون مستهلكا فالمضمون قيمته لما فى السراج الوهاج ولو ادعى على رجل أنه غصبه ألف درهم وهو فى يده أو فى منزله أو ادعى شيأ يكون دينا من مكيل أو موزون فضمن له رجل ما ادعى كان على الضامن ان يأتى بذلك الشئ بعينه فان لم يأت بذلك الشئ لم يضمن حتى يستحقه المدعى على المدعى عليه وان ادعى ألفا مستهلكة أو كرا مستهلكا فضمنه رجل فهو ضامن من ساعته وان لم يقم المدعى بينة لان العين مادامت باقية فالضمان ينصرف الى احضارها ولا ينصرف الى تسليمها الا بعد الاستحقاق وان كانت هالكة فالضمان ينصرف الى القيمة فصار ضمانه دلالة على الاعتراف بالضمان اه والمقبوض على سوم الشراء انما يكون من هذا النوع اذا سمى له ثمن والا فهو أمانة كما قدمناه فى البيوع (قوله وحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة) أى وبطلت الكفالة بحمل دابة الى آخره لانها اذا كانت معينة كان الكفيل عاجزا عن تسليمها لانه لا ولاية له فى الحمل على دابة الغير لانه لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه قيد بكونها معينة لانها لو كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وقيد بالحمل لانه لو كفل بتسليم الدابة المعينة يجوز كما قدمناه وفى فتح القدير والحاصل أنه ان كان الحمل على الدابة بتسليمها فينبغى أن تصح الكفالة لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغى أن لا يصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق أن الواجب فى الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن فى تحميلها وهو ما ذكر فى النهاية من التركيب وماذكرنا من الحمل عليها ففى المعينة لا يقدر على الاذن فى تحميلها اذ ليس له ولاية عليها ليصح اذنه الذى هو معنى الحمل وفى غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه

وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا وحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة

(قوله ولو كفل المشترى بالثمن لغريمه ثم استحق المبيع برئ الكفيل الخ) قال فى النهر والفرق بينهما فيما يظهر انه مع الاستحقاق تبين ان الثمن غير واجب على المشترى وفى الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعد ماتعلق حق الغريم به فلا يسرى عليه (قوله وان فسد بعد صحته الخ) قال فى النهر وكان الفرق بينهما ان بظهور الفساد تبين ان البائع أخذ شيأ لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه وان ألحقا به شرطا فاسدا لم يتبين ان البائع حين قبضه قبض شيأ لا يستحقه

الخ قال فى الفتح وهو ان شطر العقد يتوقف حتى اذاعقـد فضولى لامرأة عـلى آخر توقف عـلى الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بان خاطب عنـه فضولى آخر وعندهـما لايتوقف الاان خاطب عنـه فضولى آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (قوله وبه علم الخ)

وبلاقبول الطالب فى مجلس العقد الاأن يكفل وارث المريض عنه

قال فى الفتح قالوا اذاقبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئـذ فقوله لايصح الابقبول المكفول له غير صحيح بل الشرط أن يقبل فى المجلس ان كان حاضرا فينفذ أو يقبـل عنـه فضـولى ان كان غائبا فيتوقف الى اجازته أورده اهـ (قوله وفى البزازية الفتوى على قول الثانى) قال الرمـلى وفى أنفع الوسـائل صرح بان الفتوى على قولهـما (قوله وقد يقال لافائدة فى هـذه الكفالة الخ)

أودابة استأجرها اهـ (قوله وبلاقبول الطالب فى مجلس العقد) أى وبطلت الكفالة بلاقبول الطالب فى مجلس الايجاب أى لم تنعقد أصـلا وهـذا عند أبى حنيفة ومحمـد وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشـترط فى بعض النسخ الاجازة وهو الاظهر عنـه والخلاف فى الكفالة فى النفس والمـال جميعا له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه الظاهر عنه ووجه التوقف ماقدمناه فى الفضولى فى النكاح ولهما أن فيها معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس الاأن يقبل عن الطالب فضولى فانه يصح و يتوقف على اجازته وللكفيل أن يخرج نفسه عنها قبل اجازته كذا فى شرح المجمع والحقائق وبه علم أن قبول الطالب بخصوصه انما هو شرط النفاذ وأما أصل القبول فى مجلس الايجاب فشرط الصحة فلوحذف الطالب فى الكتاب لكان أولى كما فعل فى الاصـلاح ونبه عليـه فى الايضاح وفى البزازية الفضولى لوفسخ الموقوف لايصح كذا فى البزازية وفى البزازية الفتوى على قول الثانى قيد بالانشاء لانه لوأخـبر عن الكفالة حال غيبة الطالب يجوز اجماعا ولو اختلفا فقال الطالب أخبرت وقال الكفيل كان انشاء فالقول للطالب كذا فى البزازية وفى السراج الوهاج لوقال ضمنت مالفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولى ثم بلغهما فاجازا فان أجاز المطلوب أولا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالامر وان كان على العكس جازت وكانت بغـير الامر وان لم يقبـل فضولى عن الطالب لم تجز مطلقا عندهـما وكذا لو كان الطالب حاضرا وقبل ورضى المطلوب فان رضى قبل قبول الطالب رجع عليـه وان بعـده فلارجوع اهـ (قوله الاأن يكفـل وارث المريض عنـه) بان يقول المريض لوارثه تكفل عنى بمـا على من الدين فـكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية فى الحقيقة ولذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انمـا تصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجتـه اليـه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسـه وانمـا يصح بهذا اللفظ ولا يشـترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة فصار كما اذا كفل بنفسـه كالامر بالنكاح قيـد بالوارث لان المريض لوقال ذلك لاجنبى اختلف المشايخ فيـه فمنهـم من قال بالجواز تنزيلا للمريض منزلة الطالب ومنهم من قال بعدمه لان الاجنبى غير مطالب بقضاء دينه بلاالتزام فـكان المريض والصحيح سواء والاول أوجه كذا فى فتح القدير وحقق انها كفالة لـكن يرد عليه توقفها على المـال كما قـدمناه وقيد بالمريض لان الصحيح لوقال ذلك لوارثه أوغـيره لم يصح ومن هنا يقال انها ليست كفالة من كل وجه لانها لاتصح الااذا كان للمريض مال فلو كانت كفالة مطلقا لصحت مطلقا وليست وصية من كل وجه لانها لو كانت وصـية مطلقا لصح الامر من الصحيح ولذا قال فى معراج الدراية فى تعليـل الكتاب بان ذلك وصية فى الحقيقة نظر اذلو كانت وصية حقيقة لمـا اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض الاأن يؤول بانه فى معنى الوصية فى الحقيقة وفيـه بعد اهـ وقد يقال لافائدة فى هـذه الكفالة لان الوارث مطالب بقضاء دين الميت من مال الميت سواء قال له المريض تكفل عنى أولا واذا لم يكن له تركة لامطالبة عليه سواء قال له ذلك أم لا فأى فائدة فيها وقد وقع الاشتباه لعـدم الاطلاع على نقل

قال فى النهر قد يدفع بان فائدتها تظهر فى تفريـغ ذمته (قوله وقد وقع الاشتباه) ابتداء كلام وقوله لعدم الاطلاع على نقل تعليل لوقوع الاشتباه وقوله فيمـا اذا تـكفل متعلق بالاشتباه أو بوقع وقوله هـل يطالب الخ قال فى النهر ينبغى على انه وصية أن ينتظره وعلى انها كفالة أن يلزم الكفيل بالدفع الآن فيما

وعن ميت مفلس وبالثمن للموكل ولرب المال به

فيما اذا تكفل بعض الورثة بامر المريض وكان له مال غائب هل يطالب الكفيل بقضاء دين الميت من ماله ثم يرجع في التركة أولا ولهذا قال في السراج الوهاج ان الورثة يطالبون بدين مورثهم بلا ضمان والضمان مازاده الاتأكيدا وقيد في الهداية المسئلة بامر المريض لورثته لان الورثة لو قالوا ضمنا للناس كل دين لهم عليك ولم يطالب المريض ذلك منهم والغرماء غيب لم يصح ولو قالوا ذلك بعد موته صحت الكفالة وروى عن أبي حنيفة جواز كفالتهم في مرضه وان لم يطلب المريض منهم ذلك كذا في السراج الوهاج والخانية وفي البدائع وأما مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لابطريق الكفالة وبعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله أعلم أن المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله ويصير بمنزلة الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبي للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض اه (قوله وعن ميت مفلس) أي وبطلت الكفالة عن ميت مفلس وهذا عند أبي حنيفة وقالا صحيحة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة فقال هما علي يارسول الله فصلى عليه ولانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح ولذا يبقى اذا كان به كفيل وله أنه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لانه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان له كفيل أوله مال فخلفه اذ الافضاء الى الاداء باق أطلقه فشمل ما اذا كان الكفيل أجنبيا أو وارث الميت ولو ابنه كذا في المعراج والجواب عن الحديث أنه يحتمل الاقرار عن كفالة سابقة والانشاء والوعد وحكاية الفعل لاعموم لها وقيد بالكفالة بعد موته لانه لو كفل في حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لان سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فابقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة كذا في المعراج وبما قررناه علم أن الميت المفلس من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه ويستثنى من بطلانها مسئلة في التحرير من بحث الموت من عوارض الاهلية لو تقوت الذمة بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بان حفر بئرا على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فانه يثبت الدين مستندا الى وقت الحفر الثابت حال قيام الذمة والمستند يثبت أولا في الحال ويلزم اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء اه (قوله وبالثمن للموكل ولرب المال به) أي وبطلت كفالة الوكيل لموكله بالثمن وكفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه لان حق القبض لهما بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل ورب المال وبعزله ولذا جاز أن يكون الموكل وكيلا عن الوكيل في القبض ورب المال عن المضارب وللوكيل والمضارب عزله لرجوع الحقوق اليهما وبر المشتري في حلفه أن لاشئ عليه للموكل ورب المال وحنث لو حلف أن لاشئ عليه للوكيل والمضارب قيد بالوكيل لان الرسول بالبيع تصح كفالته بالثمن عن المشتري ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الامام لكونه كالرسول وقيد بالثمن لان الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا وقيدنا بان يكون ثمن ما باعه الوكيل لان البائع لو وكل رجلا بقبض

الثمن فكفل به الوكيل صح وكذا لو أبرأه عنه لم يصح ابراؤه ولو أبرأه الوكيل بالبيع عنه صح ابراؤه وضمن كذا في وكالة الخانية وظاهر كلامهم أن الوصي والمتولي على الوقف اذا باعا شيأ وضمنا الثمن عن المشتري فهما كالوكيل والمضارب وسيأتي في كتاب الوكالة من باب الوكالة بالخصومة عند قول المصنف وبطل توكيله الكفيل بالمال فالحاصل أن توكيل الكفيل باطل وكفالة الوكيل باطلة وذكر الشارح هنا فرعا رجل أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح لان المولى متهم فيه بابرائه نفسه اه (قوله وللشريك اذا بيع عبد صفقة) أي وبطل كفالة الشريك لشريكه عن المشتري حصته من الثمن فيما اذا باعا شيأ مشتركا عقدا واحدا لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن الا وهو مشترك بينهما ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وانه لا يجوز قيد بقوله صفقة واحدة لانهما لو باعاه صفقتين بان سمى كل واحد منهما النصيبه ثمنا صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لامتياز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له قبول نصيب أحدهما دون الآخر ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري فلا شركة للآخر بخلاف ما اذا بيع صفقة فانه يشارك وقد اعتبروا هنا التعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا قولهما وأما قول أبي حنيفة فلا بد من تكرار لفظ بعت ولو قال المصنف وللشريك بدين مشترك وحذف قوله فيما اذا بيع عبد صفقة لكان أولى لما في الخانية رجلان لهما على رجل دين فكفل أحدهما لصاحبه بحصته من الدين لا تصح كفالته ولو تبرع أحدهما باداء نصيب صاحبه من الدين كان جائزا وكذا الرجل اذا مات وله دين على رجل وترك ابنين فكفل أحدهما لاخيه عن المديون بحصة أخيه لا تصح الكفالة ولو تبرع أحدهما فادى حصة صاحبه من الدين صح تبرعه وهو بمنزلة الوكيل بالبيع اذا كفل بالثمن عن المشتري لا تصح كفالته ولو تبرع باداء الثمن عن المشتري صح تبرعه اه وفي جامع الفصولين لهما دين مشترك على آخر فضمن أحدهما نصيب صاحبه لم يجز فيرجع بما أدى بخلاف ما لو أداه من غير سبق ضمان فانه لا يرجع بما أدى ولو توى نصيبه على المديون مر في مسائل التركة وفي صورة الضمان يرجع بما دفع اذ قضاه على فساد فيرجع كما لو أدى بكفالة فاسدة ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم تصح فيرجع بما أدى اذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق ومثله لو أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه وكذا وكيل البيع اذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فيرجع ولو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه (قوله وبالعهدة) أي وبطلت الكفالة بالعهدة لاشتباه المراد بها لاطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل للجهالة بخلاف ضمان الدرك ولا يقال ينبغي أن يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا للتصرف لانا نقول فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال وظاهر كلامهم أن الضامن اذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح ولو كان الصك القديم لقولهم انه ملك البائع (قوله والخلاص) أي وبطلت الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقالا هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى وأبو حنيفة فسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة له عليه لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لامكان الوفاء به وهو تسليمه ان أجاز المستحق أو رده ان لم يجز فالخلاف

ولاشريك اذا بيع عبد صفقة وبالعهدة والخلاص

(قوله وذكر الشارح هنا فرعا الخ) قال في النهر بعد نقله عبارة المؤلف ولم أجده في نسختي التي كتبتها من نسخته والظاهر انها حاشية على نسخته

﴿فصـــل﴾ (قوله أطلقه فشمل ما اذا كان الدين على وجه الرسالة الخ) قال فى النهر شمول كلام المصنف لما اذا كان القبض على وجه الرسالة أيضا وان كان صحيحا فى نفسه الا انه لا يلائم قوله وما ربح له وندب رده لو شيأ يتعين فانه فى هذين لا يطيب له ربح فالاولى جعل كلامه على نسق واحد وغاية الامر انه ساكت عن مسئلة الرسالة وهذا أسهل الامرين فتأمله اه قلت ويؤيده تعبير صاحب الهداية بالقضاء بدل الاعطاء وظاهره ان له الاسترداد فيما اذا كان على وجه الرسالة قال فى الكفاية بعد نقله عدم الاسترداد عن الكافى لكن ذكر فى الكبرى قال الحسن بن زياد قال الفقيه أبو الليث هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء أما اذا دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد قال نجم الائمة الحكمى واليه وقعت الاشارة فى باب الكفالة بالمال من الاصل فانه قال الكفيل يكون أمينا اه وعلى ذلك حمل فى المعقوبية كلام صدر الشريعة وقال وهو الظاهر لانه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل وكانه لم يقبضه

راجع الى التفسير (قوله وبدل الكتابة) لما قدمناه أول الباب قيد ببدل الكتابة لان بدل العتق تجوز الكفالة به لانه دين وجب عليه بعد الحرية فلا يؤدى الى التنافى

﴿فصـــل﴾ (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترد منه) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقى هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعى ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر أطلقه فشمل ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة فلا يسترد لكنه لا يملكه بالقبض لتمحضه أمانة فى يده والفرق بينهما أنه ان دفع له على وجه الاقتضاء كان قال له انى لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانا أقضيك المال قبل أن تؤديه لم يكن رسالة وأما اذا قال له ابتداء خذ هذا المال وادفعه الى الطالب كان رسالة فالفرق بينهما انما هو من جهة ملك المدفوع للقابض وعدمه وأشار المؤلف الى أن بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين لو كفل بامره ولهذا لو أخذ الكفيل منه رهنا قبل أن يؤدى عنه جاز ولو أبرأه الكفيل أو وهبه قبل الاداء عنه صح حتى لو أدى عنه لم يرجع فثبت أن له دينا عليه لكن لا رجوع له قبل الاداء وقد سئلت عما اذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه الى الطالب ثم نهاه عن الاداء هل يعمل نهيه فاجبت ان كان كفيلا بالامر لم يعمل نهيه لانه لا يملك الاسترداد والا عمل لانه يملكه (قوله وما ربح الكفيل له) أى اذا ربح الكفيل فى المال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يقضى الدين طاب له الربح لانه ملكه بالقبض كما قدمناه فكان الربح بدل ملكه فظاهره انه لا يجب عليه التصدق به وأطلقه فشمل ما اذا قضى الدين هو أو قضاه الاصيل وقدمنا ان ملكه للمقبوض مقيد بما اذا قبضه على وجه الاقتضاء وأما اذا قبضه على وجه الرسالة فانه لا ملك له فلا يطيب له الربح على قولهما وعند أبى يوسف يطيب له وأصله ربح الدراهم المغصوبة واستدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان (قوله وندب رده على المطلوب لو شيأ يتعين) أى يستحب رد الربح على الاصيل اذا كان المقبوض شيأ يتعين كالحنطة والشعير وهذا عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير وقالا هو له لا يرده وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح فى ملكه فيسلم له وله أنه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق فى رواية ويرده عليه فى أخرى لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق للكفيل كذا فى الهداية

وبدل الكتابة

﴿فصـــل﴾ ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترد منه وما ربح الكفيل له وندب رده على المطلوب لو شيأ يتعين

ولا يعتبر تعلق حق الطالب اه ونقله بعضهم عن غاية البيان (قوله وأشار المؤلف الى ان بالكفالة صار للكفيل على الاصيل دين الخ) قال فى النهر لا ينافيه ما مر من ان الراجح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لان الضم انما هو بالنسبة الى الطالب وهذا لا ينافى أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعلى هذا فالكفالة بالامر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر اه وأصله فى العناية حيث قال فلكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم (قوله وأما اذا قبضه على وجه الرسالة الخ) قال فى القنية دفع المديون الى الكفيل قبل أن يوفى ولم يقل قضاء ولا بجهة الرسالة فانه يقع عن القضاء اه فعليه يكون للكفيل ما ربح عند الاطلاق كذا فى الشرنبلالية

وظاهر قوله لاجبر أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه وهو لا يستلزم عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى مع استحبابه في القضاء بالمعنى المذكور والعبارة المنقولة عن شيخ الاسلام ظاهرها وجوب الرد فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به غير انه ترجح الرد كذا في فتح القدير مختصرا وقيد بما يتعين لان ربح ما لا يتعين لا يندب رده على المطلوب ولم يذكر المصنف رحمه الله تعالى انه لا يطيب للاصيل اذا رده الكفيل أولا وحكمه كما في البناية انه اذا كان الاصيل فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه كما قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير انه يطيب له لانه انما رده عليه لانه حقه اه وقيد بالكفيل لان الغاصب اذا ربح وجب رده على المالك ويجبر على الدفع له لانه لا حق للغاصب في الربح كذا في البناية (قوله ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيأبى فيبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل كذا في الهداية وتعقبه في فتح القدير بانه غير صحيح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا اذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر بثمن أكثر من قيمته لتبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطا الثاني تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة التي يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها ضمان ما يخسر المشتري نظرا الى قوله على كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون كما لو قال لبايع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال لمشتري العبد ان أبق عبدك فعلي لم يصح وقيل هو توكيل فاسد ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فاغنى عن قوله لي فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو كان المراد بقدر ما يقع به ايفاء الدين لان قدره انما هو ثمن الحرير الذي يباع به لا ثمن ما يشتريه الكفيل به اه والمراد بقوله تعين على حريرا اشتر حريرا بطريق العينة وما لم ترجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة وفي البناية ان الكراهة في هذا البيع حصلت من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة اه وفي فتح القدير ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ للتجار أن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر وزنها على ما مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد في حكم

(قوله وظاهر قوله لاجبر الخ) قال في النهر أنت خبير بان هذا أعني الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى بعد كونه غنيا ملكه مما لا يعرف شرعا فلم يبق الا التنزه عما في ملكه من الخبث المتمكن فيه لتعينه وهو مندوب وهذا معنى قول الامام أحب الي أن يرده على الذي قضاه ولا يجب ذلك في الحكم اذ لو وجب حقا للعبد لاجبره الحاكم عليه (قوله وقيد بالكفيل لان الغاصب الخ) قال بعده في منح الغفار وفي فتح القدير ان الغاصب اذا أجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به أو يرده الى المغصوب منه

ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه

اه ولا مخالفة بين هذا وبين ما تقدم لان ذلك في صورة ما اذا تصرف في المغصوب المتعين وربح فيه وهذا فيما اذا أجر العين المغصوبة فانه يملك الاجر بالعقد كما في الخانية والخلاصة وغيرهما من الكتب المعتمدة اه (قوله ولو كان المراد الخ) عطف على قوله لكنه فاسد ولو وصلية وعبارة الفتح هكذا ولو فرضنا ان الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء كان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذي يقع به الايفاء غير معلوم وكيف ما كان يعد توكيلا فاسدا أو ضمانا باطلا انتهت

(قوله وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة الخ) أقول بل هو على كل الروايات لان الكلام ليس في نفاذ القضاء بعد وقوعه ليكون مفرعا على الرواية القائلة بعدم النفاذ وانما هو في قبول البينة وعدمه كذا في المنح شرح التنوير وأقره الرملي في الحاشية فليتامل وفي النهر ولقائل أن يقول لا نسلم ان هذا البرهان لا يقضى به بل يقضى به اذ القضاء على الغائب في مثله صحيح ففي العمادية ادعى رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعي بينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره اه كذا في الحواشي اليعقوبية ويمكن أن يجاب بان الكفيل يكون هناك خصما له بخلاف ما نحن فيه وفيه نظر اذ الموجب لكونه ليس خصما فيما نحن فيه موجود في فرع الفصول كما لا يخفى فتدبره اه أقول وقد أجاب في الحواشي اليعقوبية بان المانع من صحة الكفالة وقبول البينة في الصورة المذكورة عدم المطابقة لكون الدعوى مطلقة وقول صاحب الهداية والدعوى مطلقة عن ذلك صريح كما لا يخفى فليتامل اه وما ذكره في النهر بقوله ويمكن أن يجاب أجاب به في الحواشي السعدية وقد يدفع ما نظر فيه وذلك ان الموجب لكونه ليس خصما فيما نحن كما قال في الفتح انه جعل الذوب شرطا للكفالة فما لم يوجد الذوب بعدها لا يكون كفيلا والدعوى مطلقة عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب

بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي اه وهذا بخلاف فرع

الغصب المحرم فان هو من بيع جوزه بعضهم اه (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم يقبل) لان المكفول به مال يقضى به وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء اذ المضمون مال يقضى به وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك والدعوى على الكفيل غير مقيدة بان المال وجب على الاصيل بعد الكفالة بل يحتمل انه بعدها كما يحتمل أن يكون قبلها فلا تصح وحاصله انه قضاء على الغائب وهو الاصيل من غير خصم عنه وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغي النفاذ ولم أر من نبه عليه هنا وقيد بقوله برهن أن له على المطلوب لانه لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وبرهن قبل لدخوله تحت الكفالة وأشار المؤلف الى أن الكفيل لو أقر على الاصيل بالف لم تجب على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الاصيل شيأ فلم يجب به على الكفيل (قوله ولو برهن ان له على زيد كذا وأنه كفيل عنه بامره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط) وانما قبل البرهان هنا لان

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل ان له على المطلوب ألفا لم يقبل ولو برهن أن له على زيد كذا وانه كفيل عنه بامره قضى به عليهما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط

العمادية لان المدعي هناك ادعى انه ذاب له على فلان كذا و برهن على ذلك وقد قالوا ان ذاب بمعنى تقرر ووجب وهو بالقضاء فيساوي الفرع الذي يذكره المؤلف وهو انه لو قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وبرهن يقبل فحينئذ يكون خصما لوجود الشرط هذا ما ظهر لي فتامله ورأيت في حاشية العلامة الواني على شرح الدرر قال بعد ذكره النقض بفرع العمادية ودفعه ظاهر فان كلام صاحب العناية يفيد تقييد الكفالة بحق وجب بقضاء القاضي أو يجب بقضاء القاضي كانه قال كفلت ان وجب دين بقضاء القاضي وهذا المعنى لا يتحقق بان قضى به في ضمن القضاء بالكفالة والفرق واضح وعبارة الهداية لان المكفول به مال مقضي به صريح فيما قلنا ومن لم يفهمه قال ما قال والله أعلم بحقيقة الحال اه قلت وهو راجع الى ما قلنا أي ان قوله كفلت فيما قضى لك على فلان أي بما يقضى لك عليه فلا بد من أن يقضى له عليه حتى تتحقق الكفالة فاذا برهن المدعي على الكفيل بان له على المطلوب ألفا لم يكن الكفيل خصما لعدم تحقق شرط كفالته ولو قلنا انه يثبت القضاء على الاصيل ضمنا لانه يثبت بعد صحة الدعوى وهنا لم تصح فلم يثبت القضاء على الاصيل لا قصدا ولا ضمنا بخلاف مسئلة الفصول فان المدعي قد أقام بينة على أنه ذاب له على الاصيل كذا أي انه قضى له فلان القاضي انه ثبت له على الاصيل كذا فقد وجد شرط الكفالة وهو ثبوت المال على الاصيل بحكم ذلك القاضي الذي برهن المدعي عليه فصار الكفيل خصما لوجود شرط الكفالة وهو الحكم بالمال على الاصيل بعد الكفالة والمقصود بهذه الدعوى الزام الكفيل بالمال بمقتضى كفالته فيلزمه المال و يتعدى الحكم

عليه الى الحكم على الاصيل الغائب فيكون قضاء على الغائب ضمنا لا قصدا فقد ظهر ما قاله الوافي من ان الفرق واضح بين المسئلتين وانما بسطنا الكلام على ذلك لما وقع في فهم هذا الموضع من الاضطراب والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل مازعمه) اعلم ان دعوى الخصم في الامور التي تثبت أولا بالبينة التي كذبه الشرع بذلك صحيحة لا يعتبر فيها التناقض لتكذيب الشرع كما فيما نحن فيه وأما في الامور التي يحتاج فيها ثانيا الى الدعوى واقامة البينة فليست بصحيحة كما لو ادعى على آخر انه اشترى منه أمته هذه ثم قال لست أنا باعتك قط فبرهن عليه المدعى فوجد عيبا فبرهن البائع انه باعه وبرئ من كل عيب لا تقبل بينة البراءة للتناقض ووجه هذا ان الانكار معدوم من وجه موجود من وجه فيعمل بالوجهين فاعتبر عدمه فيما لا يحتاج الى الدعوى ثانيا واعتبر وجوده فيما يحتاج اليها فليكن هذا في ذكر منك فانه كثير النفع كذا في الحواشي اليعقوبية (قوله والتفصيل في المقيدة الخ) يعني انها تصلح للحيلة لو بالامر والا فلا قال في

وكفالته بالدرك تسليم

الخانية بعد ما نقله المؤلف عنها ولو ادعى رجل ان له على الغائب ألف درهم وان هذا الرجل كفل لي عن الغائب بالالف الذي لي عليه بامره فهذا وما تقدم سواء يقضي على الحاضر ويكون ذلك قضاء على الغائب ولو لم يقل بامره وأنكر المدعى عليه ذلك فبرهن عليه يقضي بالالف على الحاضر ولا يكون قضاء على الغائب بخلاف ما لو ادعى الكفالة العامة فلا تفصيل (قوله ومن هنا علم ان ماذكره الشارح فيما يأتي الخ) أي في كتاب القضاء قبيل باب التحكيم ثم ان الذي رأيته فيه موافق لما هنا وهذا نصه لو ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغائب بامره فاقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فاقام المدعى البينة ان له على الغائب ألف درهم تقبل بينته في هذه الصورة ويثبت الحق على الغائب والحاضر حتى اذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة اه (قوله وانما هو في المطلقة) في الحصر نظر بل في المقيدة بمقدار اذا كانت بالامر كذلك كما علمت نعم يظهر التخصيص بالمطلقة اذا لم يكن له شهود على كون الكفالة بالامر أما اذا كان له شهود عليها او أثبت ذلك على الكفيل يثبت على الاصيل ولو كانت مقيدة وكانه خص المطلقة لان الكلام في حيلة الاثبات مشروطة

المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر يثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا والكفالة بامر لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل مازعمه قيد بقوله له على زيد كذا وان هذا كفيل عنه يعني بهذا المقدار لان الكفالة لو كانت مطلقة نحو أن يقول كفلت بما لك على فلان فان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شئ واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل والحاصل انها على أربعة أوجه مطلقة عن المقدار ومقيدة به وكل على وجهين اما بالامر أو بعدمه فلا تفصيل في المطلقة وهي الحيلة في القضاء على الغائب والتفصيل في المقيدة ولا تصلح للحيلة لان شرط التعدي الى الغائب كونها بامره والحوالة على هذه الوجوه وفي فتاوى قاضيخان بعد ان ذكر ان الكفالة المطلقة هي الحيلة في الاثبات على الغائب قال وليس هو قضاء على المسخر لان المدعى صادق في دعواه على الكفيل ثم يبرئ المدعى الكفيل عن المال والكفالة ويبقى المال له على الغائب اه ومن هنا علم ان ماذكره الشارح فيما يأتي في شرح قوله ولا يقضى على غائب الا أن يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر من الصور الكفالة المقيدة بالف درهم الى آخره سهو ظاهر وانما هو في المطلقة وسيأتي التنبيه عليه في محله ان شاء الله تعالى (قوله وكفالته بالدرك تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن

مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع والمراد بكونها تسليما انها تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع حتى لو ادعى الكفيل الدار لنفسه على المشتري لم تسمع دعواه لانها لو صحت لرجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد كذا في النهاية وشمل ما اذا كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له فلا تسمع دعواه بالملك فيها او بالشفعة وبالاجارة وقدمنا ان ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع والدرك في اللغة التبعة يحرك ويسكن وفي الحادي عشر من بيوع الخلاصة من سعى في نقض ما تم من جهته لم يعتبر الا في موضعين أحدهما رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته والثاني اذا وهب جاريته من انسان فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته ويرجع على الموهوب له بالجارية والعقر اه والحصر المذكور ليس بصحيح لانه يرد عليه ما ذكره قاضيخان من البيوع لو ادعى المشتري أن المبيع حر تسمع دعواه وما لو باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها وانها وقف فان بينته مقبولة على المختار كما ذكره الولوالجي لكن لا تسمع دعواه للتناقض مع أنه ساع في نقض ما تم من جهته (قوله وشهادته وختمه لا) أي لا يكون اقرارا بملك البائع والشاهد على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا يكون اقرارا بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وكتب شهد بذلك كان تسليما الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين وكذا لو شهد عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض كان تسليما والتقييد بالختم لبيان أن مجرد الكتابة بلا ختم لا يكون تسليما بالاولى وانما ذكروه بناء على عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف وفي فتح القدير الختم أمر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يتطرقه التبديل وليس هذا في زماننا اعلم أن قولهم هنا أن الشهادة لا تكون اقرارا بالملك يدل بالاولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى وسيأتي تمامه في مسائل شتى آخر الكتاب عند قوله باع عقارا وبعض أقاربه حاضر الى آخره (قوله ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته صح) أما الخراج فلكونه دينا مطالبا به قيد به للاحتراز عن الزكاة في الاموال الظاهرة فانه لا يجوز الضمان بها عن صاحب المال لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤخذ من تركته الا بوصيته وأطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصصه بعضهم بالموظف وهو ما يجب في الذمة ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة لانه لم يكن دينا في الذمة والرهن كالكفالة بجامع التوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه هكذا ذكر الشارح وهو منقوض بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن وأما النوائب فجمع نائبة وفي الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اه وفي اصطلاحهم قيل أراد بها ما يكون بحق كاجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقيل المراد بها ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراده هو الاول جازت الكفالة بها اتفاقا لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة منهم صدر الاسلام البزدوي لانها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أو الدين وهنا لا مطالبة ولا دين

عن فتاوى الشيخ الشلبي ان حضوره مجلس البيع وسكوته بلا مانع مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير (قوله وخصصه بعضهم بالموظف) مشى عليه في النهر ثم قال ولذا قال في فتح القدير قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لانه يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة لا خراج مقاسمة لانه غير واجب وقرينة ارادة الموظف قوله أو رهن به اذ الرهن بخراج المقاسمة غير صحيح بخلاف الموظف اه ما في النهر وقال بعض الفضلاء والذي اعتمدوه جميعا في التعليل بقولهم لانه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون يدل على اختصاصه بالموظف أما خراج المقاسمة فجزء من الخارج وهو عين غير مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ شئ والكفالة باعيان غير مضمونة لاتجوز كالزكاة في الاموال الظاهرة اه (قوله صدر الاسلام) هو أبو اليسر رملي

وشهادته وختمه لا ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته صح

شرعيان على الاصيل فلم يتحقق معناها وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام على البزدوى أخو صدر الاسلام المتقدم لانها فى المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة للمطالبة لانها شرعت لا لتزامها فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية ولذا قلنا ومن قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط أى بالعدل يؤجروان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع وهو الصحيح كما فى الخانية كمن قضى دين غيره بامره وفى العناية قال شمس الائمة هذا اذا أمره به لا عن اكراه أما اذا كان مكرها فى الامر فلا يعتبر أمره فى الرجوع اه وفى فتح القدير وينبغى ان كل من قال انها ضم فى الدين يمنع صحتها هنا ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها فى المطالبة فى الدين أو معناه أو مطلقا اه وقوله بناء على أنها فى المطالبة فى الدين ممنوع لما قدمنا أنها لا تقتصر على المطالبة فى الدين اذ لو كان كذلك لم يشمل التعريف الكفالة بالنفس لانها ضم فى المطالبة بالحضور وفى قوله أو مطلقا نظر لانه اذا قال بانها فى المطالبة مطلقا لا يمنعها هنا وفى البزازية صادر الوالى رجلا وطلب منه مالا وضمن رجل ذلك وبذل الخط ثم قال الضامن ليس لك على شئ لانه ليس للوالى عليه شئ قال شمس الاسلام والقاضى يملك المطالبة لان المطالبة الشرعية كالمطالبة الحسية اه ولو قال لان المطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية لكان أولى كما لا يخفى وظاهر كلامهم ترجيح الصحة ولذا قال فى ايضاح الاصلاح والفتوى على الصحة فانها

(قوله وهو الصحيح كما فى الخانية) عبارة الخانية هكذا وان كفل عن رجل بالجبايات اختلفوا فيه والصحيح انها تصح و يرجع على المكفول عنه ان كان بامره وكذا السلطان اذا صادر رجلا فامر الرجل غيره أن يؤدى عنه المال لكل ماهو مطالب به حسا جازت الكفالة به فان أمر غيره بذلك ان قال على أن ترجع على بذلك كان له أن يرجع عليه والا اختلفوا فيه والصحيح انه يرجع ذكر فى السير المسئلة اذا أسر فى دار الحرب فاشتراه رجل منهم ان اشتراه بغير أمره يكون متطوعا لا يرجع بذلك على الاسير ويخلى سبيله وان اشتراه بامره فى القياس لا يرجع المأمور على الآمر وفى الاستحسان يرجع سواء أمره الاسير أن يرجع بذلك عليه أو لم يقل على أن ترجع بذلك على وهو كما لو قال الرجل لغيره انفق من مالك على عيالى أو انفق فى بناء دارى فانفق المامور كان له أن يرجع على الآمر بما أنفق وكذا الاسير اذا أمر رجلا ليدفع الفداء و يأخذ منهم فهو بمنزلة ما لو أمره بالشراء اه لكن قاضيخان خالف ذلك فى شرحه على الجامع الصغير حيث قال وأما الجبايات التى يوظفها السلطان على الناس قال بعضهم تصح بها الكفالة لانها مطالب بها حسا بمنزلة الدين الواجب وعلى هذا قالوا من قضى نائبة غيره باذنه وهو غير مكره فى الامر يرجع بها عليه وان لم يشترط الضمان والاصح انه لا يصح الضمان بها ولو أداه بامره ولم يشترط الضمان لا يرجع لانه ظالم فى حق الآخذ والمأخوذ منه فلا تصح به الكفالة اه (قوله وقوله ٢٦٠ بناء على انها فى المطالبة ممنوع الخ) قال الرملى هذا الممنوع ممنوع اذ الكلام فى الكفالة بالدين لا بالنفس (قوله وفى قوله أو مطلقا نظر الخ) أقول مراد المحقق بيان وجه للصحة ووجه للمنع على القول بانها الضم فى المطالبة فقوله بناء على انها الضم فى المطالبة فى الدين أو معناه وجه للمنع وقوله أو مطلقا وجه للصحة ففى كلامه لف ونشر غير مرتب (قوله ولو قال لان المطالبة الحسية الخ) قال الرملى الظاهر انه من عكس التشبيه وهو يدل على الابلغية فلا أولوية كذا رأيت بخط بعضهم وفيه
كالدون
نظر اذ ليس المقام مقام الابلغية وهذا الشارح لم ينف الجواز اغما ذكر الاولوية فتامل (قوله وظاهر كلامهم ترجيح الصحة الخ) رجح الخير الرملى فى فتاويه عدمها مستندا الى ما فى البزازية ضمان الجبايات على قول عامة المشايخ لا يصح فجعله قول العامة ومثله فى الخلاصة وذكر ان ما قاله فى ايضاح الاصلاح غير مسلم بلا برهان وان ما قاله المؤلف هنا غير مسلم أيضا لان ظاهر كلامهم يخالفه لما صرح به فى الخلاصة والبزازية انه قول العامة والعلة له ان الظلم يجب اعدامه و يحرم تقريره وفى القول بصحته تقريره وقال مؤيد زاده فى مجموعه نقلا عن العمادية والاسير اذا قال لغيره خلصنى فدفع المامور مالا وخلصه منه اختلف فيه قال السرخسى يرجع فى المسئلتين وقال صاحب المحيط لا يرجع وهذا هو الاصح وعليه الفتوى فهو مدافع لما فى الاصلاح وقول قاضيخان الصحيح الصحة لا يدفع قول صاحب المحيط هذا هو الاصح وعليه الفتوى اه ملخصا أقول غايته انهما قولان مصححان وقالوا لا يعدل عن تصحيح قاضيخان كما نقله المؤلف لانه فقيه النفس على ان لقائل أن يقول ليس فى كلام المحيط تصحيح خلاف ما صححه قاضيخان لان المنقول عن المحيط لم يستوف شرائط صحة الكفالة اذ ليس فيه الامر بالرجوع وهو بان يشتمل على لفظة عنى أو على

كالديون الصحيحة حتى لو أخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض اهـ وفي الخانية الصحيح الصحة ويرجع على المكفول عنه ان كان بامره وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه عن راتب كذا في الهداية والحاصل أن المشايخ اختلفوا في معناها فابو بكر بن سعيد ادعى ان هذه الكلمة غلط لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون ورد بان القسمة تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب والفقيه أبو جعفر الهندواني قال معناها أن أحد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء وقيل هي النوائب بعينها فالعطف للبيان والتفسير وقيل ما يخص الرجل منها ولكن كان ينبغي أن يعطف بالواو لا بأو ليكون من عطف الخاص على العام وقيل هي النائبة الموظفة الديوانية كل شهر أو ثلاثة أشهر والنوائب غير الراتبة كذا في العناية ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان أن يساوي أهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد وأما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع المظلمة عن نفسه فهو خير له واذا أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير ليستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب كذا في فتح القدير (قوله ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن) لانه لم يقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر قيد بالضمان لانه لو أقر بمائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له لان المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى أجل وهذا هو الفرق وفرق آخر أن الاجل في الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار وأما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الدين بالكفالة وأبو يوسف عكسه والفرق قد أوضحناه وذكر الشارح والحيلة فيها اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان أنكر والمؤاخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال أم مؤجل فان قال مؤجلا فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجل اذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي حق فلا باس به اذا لم يرد به اتواء حقه اهـ (قوله ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري

ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري

فلهذا صحح عدم الرجوع ثم رأيت في الخانية قال وان اشتراه بامره في القياس لا يرجع المامور على الآمر وفي الاستحسان يرجع سواء أمر الاسير أن يرجع بذلك عليه أو لم يقل على أن ترجع بذلك علي وهو كما لو قال الرجل لغيره انفق من مالك على عيالي أو في بناء داري اهـ فعلم ان ما صححه في المحيط هو القياس ووجهه ما قلنا كما دل عليه كلام الخانية والاستحسان خلافه وهذا غير مسئلتنا كما لا يخفى لان الكلام فيما عند استيفاء شرائط صحة الكفالة ثم رأيت بخط بعض الافاضل ما حاصله ان المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الاصيل لو كانت الكفالة بالامر لا انه يضمن لطالبها الظالم لان الظلم يجب اعدامه ولا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اهـ ولعمري انه تنبيه حسن ولهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل وكيف يسوغ القول برجوع المكفول له الظالم وبه اندفع ما مر عن الرملي من قوله والعلة له الخ لان ذلك مسلم لو قلنا برجوع الظالم على الكفيل أما على ما قلنا فليس فيه تقرير الظلم بل فيه رفعه لانه لولا الكفيل يحبس الظالم المكفول ويضربه ويبيع عليه ماله وعقاره بثمن بخس أو يلجئه الى بيعه أو الاستدانة بالمرابحة ونحو ذلك مما هو مشاهد وبالكفالة يرتفع كل ذلك والله تعالى أعلم فهذا ما ظهر للفهم القاصر فتدبره (قوله حتى لو أخذت من الاكار فله الرجوع على مالك الارض) قال الرملي يؤخذ منه ان ما هو مرتب من جهة الاعراب على المزارع ويسمى في عرفنا فلاحة العرب لو أخذت من الاكار جبرا يرجع على صاحب الارض بما هو مرتب أو بحصته من المرتب لانها من قسم الجبايات التي يأخذها الظلمة بغير حق تامل اهـ وظاهره ان الاكار يرجع وان لم يكفل مالك الارض (قوله وأما القسمة فقد قيل هي النوائب الخ) قال في اليعقوبية وقيل هي أجرة القسام وهي مطلوبة شرعا

الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لانه بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية ويرجع على البائع والكفيل ولذا قيد بالاستحقاق أى لغير البائع أشار المؤلف الى أن البيع لا ينتقض بقضاء القاضى للمستحق بالعين حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ اعتاقه كذا فى العناية وصحح فى فصول الاستروشنى أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضى و بعد قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف فى الارض المشتراة أو انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل فى ان كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن يملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليه حتى لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان فى أن كل واحد من الباعة فى الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وفى المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه كذا فى فتح القدير ولو قال المصنف ومن اشترى شيأ لكان أولى كما لا يخفى وأشار بقوله حتى يقضى له بالثمن على البائع الى أن القضاء على البائع قضاء على الكفيل وللمشترى أن يأخذ الثمن من أيهما شاء وأفاد أنه لا يخاصم الكفيل أولا وهو ظاهر الرواية خلافا لما عن أبى يوسف وقيد بالاستحقاق لان البيع لو انفسخ بينهما بما سواه وصار الثمن مضمونا على البائع لم يؤاخذ الكفيل به كما اذا فسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب وأشار بقوله بالثمن الى أن المشترى لو بنى فى الارض ثم استحقت فانه لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء وانما يرجع بها على البائع فقط اذا سلم النقض له وهو ظاهر الرواية وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى واستحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية والولد والعقر فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يأخذ قيمة الولد الا من البائع خاصة فالكفيل كبائع البائع لا رجوع عليه الا بالثمن كذا فى السراج الوهاج والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب كفالة الرجلين والعبدين﴾

(قوله دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة) لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثانى مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفى الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع الدفع فى النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور وظاهر الكتاب استواء الدينين صفة وسببا فان اختلفا صفة بان كان ما عليه مؤجلا وما كان على صاحبه حالا فاذا أدى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه وعلى عكسه لا يرجع لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فانه يصح تعيين المؤدى لان النية فى الجنسين المختلفين معتبرة وفى الجنس الواحد لغو كما فى فتح القدير وقيد بكون كل كفيلا عن صاحبه احترازا عما لو كفل

الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع

﴿باب كفالة الرجلين والعبدين﴾

دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة

(قوله وصحح فى فصول الاستروشنى ان للمستحق أن يجيز الخ) قال الرملى هذا صريح فى ان بيع الفضولى وان كان لنفسه موقوف فى الصحيح وان ما فى البدائع أنه انما يتوقف اذا باع للمالك على غير الصحيح وقد تقدم البحث عنه (قوله حتى لو أقام واحد منهم البينة الخ) أى لو برهن واحد من الباعة على المستحق بالملك المطلق أى برهن أنه ملكه مطلقا لم يقبل لانه صار مقضيا عليه أما لو ادعى النتاج أو انه تلقى الملك من المستحق بان قال أنا لا أعطى الثمن لان المبيع نتج فى ملكى أولانى اشتريته من المستحق فتسمع دعواه كما ذكر فى الدرر من باب الاستحقاق وقدمر

﴿باب كفالة الرجلين والعبدين﴾

أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجعله عن صاحبه فانه يصدق وقول الشارح وهي واردة على مسئلة الكتاب سهو وانما هي خارجة عنها بمفهوم التقييد كما قررناه ولم يقيد رحمه الله بالامر في قوله رجع بالزيادة للعلم به مما تقدم من أنه اذا كفل بامره رجع والا فلا (قوله وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) لان ما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه فلا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره وترك المصنف قيدين للمسئلة الاول أن يتكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب فلو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكونان كفيلا عن الاصيل بالجميع الثاني أن يكفل كل عن صاحبه بالجميع فلو كفل كل عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فكالاولى (قوله وان أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه به والله أعلم وفي المحيط كفالة الرجلين المبسوط مسائله على أربعة أقسام القسم الاول كفل ثلاثة عن رجل بالف درهم فادى أحدهم برئوا ولم يرجع على صاحبيه بشئ ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه فاداها أحدهم رجع المؤدى عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالف القسم الثاني لرجل على أربعة نفر ألف درهم وما ثنان وكل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال فانه يأخذ أيهما شاء بسبعمائة وخمسين وأي اثنين شاء بجميع الالف وذكر في المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال وأي اثنين شاء بجميع المال القسم الثالث لرجل على عشرة أنفس ألف وكل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال يأخذ من أحدهم ثلثمائة وخمسة وعشرين مائة حصته من الدين ومائتان وخمسة وعشرون حصته من الكفالة القسم الرابع لو كان أصل المال على ثلاثة وكل واحد كفيل عن صاحبيه فادى أحدهم شيأ فهو على ثلاثة أوجه في وجه يكون المؤدى عن نفسه وان لم يعين وفي وجه يكون المؤدى عنه وعن صاحبيه وفي وجه يكون المؤدى عن نفسه اذا لم يعين فان عين يكون عن صاحبه مثال الاول لو كان المال على ثلاثة وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فادى أحدهم شيأ يكون الى تمام الثلث عنه وما زاد على الثلث يكون عن صاحبه ولو قال هذا من كفالة صاحبي لم يصح الثاني لو كان له على رجل ألف فكفل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم كفيلا عن البعض فادى أحدهم شيأ يكون مؤديا عن نفسه وعن صاحبيه وان عين عن أحدهما لا يصح والثالث لو كان الدين على رجلين وأحدهما كفيل عن صاحبه والآخر لم يكفل عنه ان أدى الكفيل شيأ ولم يعين كان المؤدى عنه وان عين يكون عن صاحبه وتمامه مع البيان فيه ثم قال في المنتقى رجلان كفلا عن رجل بامره بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى أحدهما شيأ فله أن يرجع بجميع ما أدى على المكفول عنه وان شاء رجع عليه بنصفه وعلى شريكه بنصفه وان ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على شريكه بشئ حتى يؤدى أكثر من النصف

وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل وان أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله

(قوله وقول الشارح وهي واردة على مسئلة الكتاب سهو) قال في النهر وقول الشارح ان هذه واردة على مسئلة الكتاب أي على توجيهها ووجهه ان في مسئلة الكتاب انما لا يصح تعيينه صرفا الى الاقوى وهو ما عليه من الدين وهذا كذلك وكان ينبغي أن لا يصح تعيينه أيضا ولما خفي هذا على صاحب البحر ادعى انه سهو اه ورأيت بخط بعض الفضلاء هل يمكن دفع ورود تلك المسئلة بان يلتزم ان مسئلة المتن معللة بكل من الصرف الى الاقوى ولزوم الدور فانه ليس في كلامهم ما ينبو عن ذلك (قوله لان الدين ينقسم عليهما نصفين) قال في النهاية

فيرجع عليه بالزيادة على النصف وقال أبو يوسف اذا أقر رجلان لرجل بالف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بامره اه ملخصا (قوله ولو افترق المفاوضان آخذ الغريم أيا شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة قيد بالمفاوضين أى الشريكين شركة مفاوضة لان شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه لانها لا تتضمن الكفالة بل الوكالة ولذا قال فى البزازية من الشركة أقر أحدهما بدين فى تجارتهما وأنكر الآخر لزم المقر كله ان كان هو الذى تولاه وان أقر انهما تولياه لزم نصفه ولا يلزم المنكر شئ وان أقر أنه وليه لم يلزمه شئ اه (قوله ولا يرجع حتى يؤدى أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين فى كفالة الرجلين (قوله وان كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى احدهما رجع بنصفه) لان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه واذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو رجع بالكل لم تتحقق المساواة قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معا ولم يزد على ذلك لزم كل واحد حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضى ذلك فلو كاتبهما على أنهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر الكفالة فعندنا لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى فى العقد تجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال الى المولى لان شرط المولى فى العقد نص فلو عتق أحدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه (قوله ولو حرر أحدهما آخذ أيا شاء بحصة من لم يعتقه) وانما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضى بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة (قوله فان آخذ المعتق رجع على صاحبه وان آخذ الآخر لا) لان المعتق مؤد عنه بامره والآخر مؤد عن نفسه وانما جازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لانه فى حال البقاء وأما فى الابتداء فالمال كله عليه (قوله ومن ضمن عن عبد مالا يؤاخذ به بعد عتقه فهو حال) كما اذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور عليه أو أودعه شيأ فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ به فى الحال فاذا ضمنه انسان ولم يبين أنه حال ولا غيره كان على الضامن حالا لانه حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما فى يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه والتقييد بكونه يؤاخذ به بعد عتقه ليفهم منه حكم ما يؤاخذ به للحال بالاولى كدين الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة باذن المولى وجعله قيدا احترازيا كما فى الشرح سهو كما لا يخفى وفى فتح القدير ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤجل ولا مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الامر

ولو افترق المفاوضان اخذ الغريم أيا شاء بكل الدين ولا يرجع حتى يؤدى أكثر من النصف وان كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه ولو حرر أحدهما آخذ أيا شاء بحصته من لم يعتقه وان آخذ المعتق رجع على صاحبه وان آخذ الآخر لا ومن ضمن عن عبد مالا يؤاخذ به بعد عتقه فهو حال

وفى الشافى ثلاثة كفلوا بالف يطالب كل واحد بثلث الالف وان كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالالف كذا ذكره شمس الائمة السرخسى والمرغينانى والتمرتاشى كذا فى نور العين

بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندى كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع فى الحقيقة عليه اهـ وفى البدائع وأما رجوع الكفيل فله شرائط منها أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ومنها أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى أنه لو كفل عن الصبى المحجور باذنه فادى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبى لا يتعلق به الضمان وأما العبد المحجور وفاذنه بالكفالة صحيح فى حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال اهـ وفى الخانية ولو أن المكاتب صالح عن الدم على مال مؤجل فى الذمة والقتل ثابت باقراره أو بالبينة وكفل انسان بالبدل ثم عجز المكاتب فرد فى الرق لم يكن للصالح أن يأخذ المكاتب حتى يعتق لانه التزام المال فى الذمة عوضا عن الدم فصح ذلك فى حقه لا فى حق المولى فاذا خلص اكسابه بالحرية يؤخذ به وللصالح أن يأخذ الكفيل قبل عتق المكاتب لانه كفل بمال واجب للحال وانما تأخرت المطالبة عن المكاتب قبل العتق لافلاسه وعجزه فلا تسقط المطالبة عن الكفيل اهـ (قوله ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى أنه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) لانها تبطل بموت المكفول به اذا كان حرا فكذا اذا كان عبدا لتعذر تسليمه بعد موته وهذه المسئلة الثانية مكررة لانه قدم فى الكفالة بالنفس أنها تبطل بموت المطلوب وفى هذا لا فرق بين الحر والعبد ولكن انما ذكرها هنا ليبين الفرق بينها و بين الاولى وهو ظاهر لان المكفول به فى الاولى رقبة العبد وهى مال وهى لا تبطل بهلاك المال فيلزمه قيمة العبد لان على المولى رد العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك و بعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل فالمكفول المدعى عليه بخلاف الثانية والحاصل انها كفالة بالعين المغصوبة وهى تستفاد أيضا مما قدمه فى الكفالة بالمال قيد باقامة البينة لانه لو ثبت ملك المدعى باقرار ذى اليد أو بنكوله عند التحليف وقدمات العبد فى يد ذى اليد فقضى بقيمة المدعى على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شئ مما يلزم على الاصيل الا اذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة فى حق الكفيل لما عرف أن الاقرار حجة قاصرة فيقتصر على المقر ولا يعدوه كذا فى الفوائد الظهيرية وفى الخانية مكاتب قتل رجلا عمدا فصالح عن الدم على عبد بعينه وكفل رجل بالعبد فهلك العبد قبل التسليم كان لولى الدم أن يأخذ الكفيل بقيمة العبد وان شاء طالب المكاتب أيضا بقيمة العبد لان الصلح عن دم العمد لا يبطل بهلاك البدل قبل التسليم فاذا عجز عن تسليم العبد مع الموجب للتسليم يطالب بقيمة البدل وكذا لو كان القاتل حرا والمسئلة بحالها اهـ (قوله ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) بيان لمسئلتين الاولى كفالة العبد عن سيده والثانية عكسه أما الاولى فشرطه أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى وانما صحت لان الحق فى ماليته لمولاه وهو يملك أن يجعله بالدين بان يرهنه أو يقر بالدين وان كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالته لحق

للحال أو بعد العتق وقد يقال ان المولى مؤاخذ بهذا الدين بتسليم العبد أو القضاء عنه وان لم توجد الكفالة فاى فائدة للتوقف على كونها بامره فيكفى فى أمر العبد فى الرجوع على المولى لانه لم يلزمه به ضرر (قوله وان كان عليه دين

ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر

مستغرق لم تصح كفالته الخ) نقل بعض الفضلاء عن الفتاوى الهندية اذا كان على العبد دين وقد كفل عن المولى أو عن أجنبى بمال باذن المولى لا يلزمه شئ مادام رقيقا فاذا عتق لزمه ذلك اهـ وهو ظاهر لان حق الغرماء منع صحة الاذن ومطالبته بعد العتق ليس فيها اضرار بهم وانظر لو كان مديونا غير مستغرق والظاهر انه يوفى من الفاضل لو بالامر ويطالب بالباقى بعد العتق ثم على ما ذكره فى الهندية فما فائدة التقييد المذكور مع انه ذكره صاحب الهداية وأقره الشارحون فان الكلام فى مسئلتنا فى الاداء بعد العتق فليتأمل

الغرماء وان كان باذن المولى وأما الثانية فهى صحيحة على كل حال وانما لم يرجع أحدهما على الآخر فيهما لانها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن عبده بغير أمره فاجازه ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته قيد بكفالة السيد عن عبده لان كفالة السيد لعبده عن مديونه صحيحة ان كان العبد مديونا فلو ان هذا العبد قضى وليه دينه الذى كان عليه بطلت كفالة المولى كذا فى الخانية وفى هذا التفريع أعنى قوله فلو ان هذا العبد الى آخره نظر اه والله أعلم

﴿ كتاب الحوالة ﴾

ذكرها بعدها لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها والكلام فيها فى مواضع الاول فى معناها لغة ففى المصباح حولته تحويلا نقلته من موضع الى موضع وحول هو تحويلا يستعمل لازما ومتعديا وحولت الرداء نقلت كل طرف الى موضع الآخر والحوالة ماخوذة من هذا فاحلته بدينه نقلته من ذمة الى غير ذمتك واحلت الشئ احالة نقلته أيضا اه وفى الصحاح أحال عليه بدينه والاسم الحوالة اه وفى فتح القدير يقال أحلت زيدا بماله على عمرو فاحتال أى قبل فانا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل فى محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفى الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر فى مختار الفاعل مختير بكسر الياء وفتحها فى مختار المفعول وأما صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه ويقال للمحتال حويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذى التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين اه الثانى فى معناها شريعة فافاده بقوله (هى نقل الدين من ذمة الى ذمة) أى من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وهذا قول البعض فقد اتفقوا على أصل النقل ثم اختلفوا فى كيفيته فقيل انها نقل المطالبة والدين وقيل نقل المطالبة فقط وجعل الاختلاف فى البدائع بين المتاخرين ونسب الشارح الاول الى أبى يوسف والثانى الى محمد وجه الاول دلالة الاجماع من أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح ولولا انتقاله الى ذمة المحال عليه لما صح الاول ولصح الثانى وحكى فى المجمع خلاف محمد فى الثانية فكانه لم يعتبره فنقل الاجماع ووجه الثانى دلالة الاجماع أيضا من أن المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدى المحتال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغى أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبى بقضاء دين انسان على غيره وكذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه منه ولو انتقل الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لم يرجع على المحيل وان كانت بامره كالكفالة ولو وهب الدين منه فله الرجوع اذا لم يكن للمحتال عليه دين ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كما فى الكفالة فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم الدين فى باب الكفالة ثابت فى ذمة الاصيل فكذا

فى

﴿ كتاب الحوالة ﴾
هى نقل الدين من ذمة الى ذمة

﴿ كتاب الحوالة ﴾
(قوله والاسم الحوالة) أى اسم مصدر (قوله فاعلا) أى اسم فاعل

في الكفالة هكذا قرره في البدائع ولم يرجح وفي فتح القدير المصحح من المذهب أنها توجب البراءة من الدين اه فالمذهب ما في الكتاب قالوا وفائدة الاختلاف في أنها نقلهما أو المطالبة فقط تظهر في مسئلتين احداهما أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف وكذا لو أبراه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح وبرئ المحيل وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة مبنية على النقل وقد أضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تاجيل معنى ألا ترى أن المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها ثم يحتاج الى بيان لمية خصوص الاعتبار في كل مكان كذا في فتح القدير وفي تلخيص الجامع بها صار على الحويل ما كان على المحيل اذ نقل الدين أو في بمعناها من نقل الطلب وحده وان عكس أبو يوسف حسب التاثير في عتق المكاتب وبطلان الرهن بعد الاحالة على الغير ولهذا جاز للمحتال أن يبرئ الحويل أو يسترهن أو يهب منه دون المحيل على المذهب عكس ما قبلها ولم يصر للمحتال ما كان للمحيل وان قيدها بالدين حذار تمليكه غير المديون بل يلزم الحويل دينان لهذا الوقبل الحال مؤجلا لم يظهر الاجل في حق المحيل حسب التأثير بعد الموت والابراء اه ثم اعلم أنه يرد على تعريفها بالنقل المذكور أشياء الاول أن التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة اذ ليس فيها دين انتقل الى المحال عليه ثانيها عود الدين بالتوى ولو انتقل الدين لم يعد ثالثها جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها ولو انتقل لم يجبر رابعها قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال ولو انتقل لاختص به المحال خامسها ان ابراء المحتال المحال عليه لا يرتد بالرد ولو انتقل اليه لارتد سادسها أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ولو انتقل من ذمة المحيل لصح لكونه أجنبيا سابعها ان المحتال لو وهب الدين للمحتال عليه كان له أن يرجع على المحيل ولو انتقل الدين الى المحال عليه لكانت الهبة ابراء فلا رجوع ثامنها انها تفسخ بالفسخ ولو سقط الدين لم يعد تاسعها عدم سقوط حق حبس المبيع فيما اذا أحاله المشتري عاشرها كذلك الرهن والجواب أن موجبها نقل موقت لا مؤبد فبرئ المحيل براءة موقتة الى التوى فالرجوع به لانه لم يبرأ براءة مؤبدة وانما برئ بشرط السلامة للمحتال فحيث توى المال لم يوجد الشرط وصح أداء المحيل للمحتال ليستفيد البراءة المؤبدة التي لم تحصل بالحوالة كما علل به في الذخيرة ولا يضر في نقل الدين قسمته بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال لان المحتال لم يملك الدين بالحوالة اذ يلزم عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وانما ملك المطالبة فاذا قبضه ملكه ولا يلزم أن يكون على المحال عليه دينان دين للمحيل بدليل قسمته بين غرمائه ودين للمحتال لان الممنوع أن يكون للدين الواحد مطالبان لا أن يكون على واحد دينان باعتبارين لهما مطالب واحد كما في الحوالة وانما لا يصلح المحيل أن يكون وكيلا

يقبض في أصح الروايتين والمرتهن ان أحال غريما له على الراهن لم يكن له منع الرهن وسيذكر الشارح هذا بعد هذه المسئلة ذكره الغزي وقال الغزي أيضا قلت لم أر حكم ما اذا أحال المرتهن بدينه الذي به الرهن على الراهن هل له استرداد الرهن أم لا اه أقول سيأتي قريبا الحكم في ذلك اه (قوله بها صار على الحويل ما كان على المحيل) قال الرملي تقدم انه يقال للمحتال حويل ولا يصح هنا ارادة المحتال وانما تصح ارادة المحتال عليه فلعله يطلق عليهما تامل (قوله والجواب ان موجبها الخ) أي الجواب عما ذكر من الايرادات على طريق اللف والنشر المرتب لكن ترك الجواب عن الاول فاجاب عن الثاني بقوله ان موجبها نقل موقت الخ وعن الثالث بقوله وصح أداء المحيل الخ وعن الرابع بقوله ولا يضر في نقل الدين قسمته الخ وعن الخامس بقوله لان المحتال لم يملك الدين بالحوالة الخ

وعن السادس بقوله وانما لا يصلح المحيل الخ وعن السابع بقوله والفرق بين الهبة والابراء الخ وعن الثامن بقوله وانما قبلت الفسخ الخ وعن التاسع بقوله وانما لم يبطل حق البائع في الحبس الخ وعن العاشر بقوله كالمرتهن اذا أحال غريمه الخ

عن المحتال بقبض الدين لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الابراء المؤبد والفرق بين الهبة والابراء في الرجوع وعدمه أن الابراء اسقاط والهبة من أسباب الملك كالارث وانما قبلت الفسخ لان الدين لم يسقط بالكلية لانها توجب الابراء المؤبد وفي الذخيرة اذا أحال المديون المطالب على رجل بالف أو بجميع حقه وقبل منه ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضا للاول وبرئ الاول اه وانما لم يبطل حق البائع في الحبس لان المطالبة باقية ولذا لو كان المحيل هو البائع بطل حقه في الحبس لان مطالبته سقطت كالمرتهن اذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن بخلاف ما اذا أحاله الراهن الثالث في ركنها وهو الايجاب من المحيل والقبول من المحتال عليه والمحتال الرابع في شرائطها ففي المحيل العقل فلا تصح احالة مجنون وصبي لا يعقل والبلوغ وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على اجازة وليه كالبيع لان فيها معنى المبادلة وأما حريته فليست شرطا للصحة فتصح حوالة العبد مأذونا أو محجورا غير انه ان كان مأذونا رجع المحال عليه للمحال والا فبعد العتق وكذا صحته فتصح من المريض ومنها رضى المحيل حتى لو كان مكرها في الحوالة لم تصح لانها ابراء فيه معنى التمليك فيفسده الاكراه وفي المحتال العقل والبلوغ على أنه شرط نفاذ فينفذ احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثاني أملأ من الاول وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذا الشرط ومنها الرضا حتى لو احتال مكرها لا تصح ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد في قولهما خلافا لابي يوسف فانه شرط النفاذ عنده فلو كان المحتال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لم ينعقد عندهما خلافا له والصحيح قولهما وأما شرائط المحال عليه فالعقل فلم يصح من مجنون وصبي لم يعقل قبولها والبلوغ فلم يصح من صبي قبولها مطلقا سواء كانت بامر المحيل أو بدونه لكونها مع الامر تبرعا ابتداء وبدونه تبرعا ابتداء وانتهاء ولو قبل عنه وليه لم يصح لكونه من المضار فلا يملكه الولي ومنها الرضا فلو أكره على قبولها لم يصح ومنها المجلس فانه شرط الانعقاد وأما شرائط المحتال به فان يكون دينا لازما فلا تصح ببدل الكتابة فما لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة فلم تصح احالة المولى غريمه على مكاتبه الا اذا قيدها ببدل الكتابة وأما اذا أحال المكاتب مولاه على رجل فانما يجوز اذا كان له على الرجل دين أو عين وقيدها بها لان المحتال يكون نائبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا يجوز ولكن اذا أحال المولى عليه رجلا لم يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة فاذا أحال مولاه على رجل عتق كما ثبتت الحوالة عكس البائع كما أوضحه الشارح وتفرع على هذا الشرط انه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت الحوالة به بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لم تبطل الحوالة لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لم تبطل وسيأتي الكلام عليها الخامس في حكمها فلها أحكام منها براءة المحيل ومنها ثبوت

(قوله فتنعقد حوالة الصبي العاقل) قال الاستروشني في كتابه أحكام الصغار ذكر محمد في الاصل الصبي التاجر في الحوالة مثل البالغ وفي فوائد شيخ الاسلام برهان الدين صبي محجور عليه أقر بمال وأحال به على الآخر وقبل الآخر الحوالة فالمقر له يتمكن من المطالبة من المحتال عليه أم لا أجاب نعم كما في الكفالة اه (قوله رجع المحال عليه للمحال) حذف صلة رجع وليست عليه المذكورة لتغير المعنى بل هي صلة المحال والتقدير رجع المحال عليه على العبد (قوله وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم الخ) قال في أحكام الصغار بعد هذا وذكر فخر الدين في بيوع فتاواه الاب والوصي اذا قبل الحوالة على شخص دون المحيل في الملاءة ان وجب بعقدهما جاز عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز عند أبي يوسف وان لم يكن واجبا بعقدهما لا يصح في قولهم وذكر صدر الاسلام أبو اليسر في باب الخلع من المبسوط في حيلة هبة صداق الصغيرة ان الاب يحتال على نفسه شيأ فيبرأ ذمة الزوج عن ذلك القدر ولو كان الاب مثل الزوج في الملاءة فينبغي أن يصح أيضا اه (قوله فلم يصح من صبي قبولها مطلقا الخ) هذا ظاهر اذا لم يكن الصبي مدبونا للمحيل وبه يظهر التعليل تامل وراجع (قوله منها براءة المحيل) قال الرملي يؤخذ منه ان الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله برئ وهي واقعة الفتوى وصورتها أحال الكفيل الطالب بالدين الذي كفله على المطلوب وتراضوا على ذلك ويؤخذ الحكم وهو البراءة من قولهم الحوالة نقل الدين وانها مشتقة من التحويل والشئ اذا حول عن مكانه بقي خاليا اه وقد صرح في الجوهرة

ولاية

نقلا عن الخجندي انها مبرئة والكفالة غير مبرئة وصرحوا أيضا بان المحال عليه اذا أحال المحال على المحيل برئ وان توى المال الذي على الاصيل لم يعد اليه وصرحوا أيضا بان كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة اهـ والله تعالى أعلم وفي الولوالجية الكفالة متى حصلت بامر المكفول عنه انعقدت لوجوب دينين دين للطالب على الكفيل ودين للكفيل على المكفول عنه الا ان مال الكفيل على المكفول عنه مؤجل الى وقت الاداء اهـ ويفهم منه صحة الحوالة وصحة الحوالة توجب براءة المحيل وهو الكفيل ومقتضى ما في الولوالجية انه يرجع على الكفيل بالتوى وكذا مقتضى ما تقدم قريبا في هذا الشرح في الجواب عما نقض به الحدانه يبرأ المحيل براءة موقتة الى التوى قال في التتارخانية قال في الجامع رجل كفل عن رجل بمائة وأحال الكفيل الطالب بها على رجل فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل فان توت المائة على المحتال عليه بموته مفلسا عاد الامر على الذي عليه الاصل وعلى الكفيل جميعا يأخذ الطالب أيهما شاء ولو كان الكفيل أحال الطالب بالمائة على ابرائه منها يريد ابراء الكفيل من المائة فللطالب أن يأخذ الذي عليه الاصل والمحتال عليه فان مات المحتال عليه مفلسا في هذه الصورة فللطالب أن يأخذ الكفيل أيضا (قوله وقد قبلت به) مفهومه انه لو كان مديونه ولم تقيد الحوالة بالدين انه له ملازمته وحبسه ويدل عليه ما سيأتي عند قول المصنف ولو أحاله بماله عند زيد وديعة (قوله ولكن في البزازية لو أحال الخ) قال الرملي وفي الخانية ما يوافقه حيث قال صحة الاحالة تعتمد قبول المحتال له والمحال عليه ولا تصح في غيبة المحتال اه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة اه ذكره الغزي اهـ قلت ومثله في الخلاصة وقد مر عند الكلام على شرائطها ان الصحيح قولهما بعدم صحتها في غيبة المحتال فلم تبق المخالفة بين ما هنا وما مر الا في اشتراط

وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحتال عليه

ولاية المطالبة للمحتال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على اختلافهم ومنها ثبوت الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحتال فكلما لازمه لازمه واذا حبسه حبسه ان كانت بامر المحيل ولا دين عليه له لانه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه وان كانت بغير أمره أو كان مديونه وقد قيدت به فلا ملازمة ولا حبس السادس في صفتها ذكر في الخلاصة والبزازية انها على ثلاثة أوجه لازمة وجائزة وفاسدة فاللازمة أن يحيل الطالب على رجل ويقبل الحوالة سواء كانت مقيدة أو مطلقة والجائزة أن يقيدها بان يعطى المحال عليه الحوالة من ثمن دار نفسه أو ثمن عبده فلا يجبر المحال عليه على البيع وهو بمنزلة ما لو قبل الحوالة على أن يعطى عند الحصاد فانه لا يجبر على أداء المال قبل الاجل والفاسدة أن يقيد باعطائه من ثمن دار المحيل أو ثمن عبده لانها حوالة بما لا يقدر على الوفاء به وهو بيع الدار والعبد فان الحوالة بهذا الشرط لا يكون توكيلا ببيع دار المحيل اهـ السابع في دليلها ما روى أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة مرفوعا مطل الغني ظلم واذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع وفي لفظ الطبراني مرفوعا ومن أحيل على ملئ فليتبع ورواه أحمد ومن أحيل على ملئ فليحتل ثم أكثر العلماء على أن الامر للاستحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر انه أمر اباحة فهو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة والاجماع على جوازها دفعا للحاجة كذا في فتح القدير الثامن في أنواعها سيأتي انها مقيدة ومطلقة التاسع في سببها العاشر في محاسنها وهو ما قدمناه في الكفالة (قوله وتصح في الدين لا في العين) لان النقل الذي تضمنته نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين فلا بد أن يكون للمحتال دين على المحيل ولذا قال في الخلاصة رب الدين اذا أحال رجلا على رجل وليس للمحتال على المحيل دين فهذه وكالة وليست بحوالة اهـ وفي القنية أحال عليه مائة من من الحنطة ولم يكن للمحيل على المحتال عليه شئ ولا للمحتال على المحيل فقبل المحتال عليه ذلك لا شئ عليه اهـ وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط وفي السراج الوهاج لا تصح الحوالة بالاعيان والحقوق اهـ ولم يمثلوهما (قوله برضا المحتال والمحال عليه) لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء وأما المحال عليه فيلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون قيد برضاهما لانها لا تصح مع اكراه أحدهما كما قدمناه وأراد من الرضا القبول في مجلس الايجاب لما قدمناه ان قبولهما في مجلس الايجاب شرط الانعقاد وهو مصرح به في البدائع ولكن في البزازية لو أحال على غائب فقبل بعد ما علم صحت ولا تصح في غيبة المحتال كالكفالة الا أن يقبل

بحضرة المحال عليه وعلى ماهنا مشى فى الدرر والغرر فقال وشرط حضور الثانى أى المحتال الا أن يقبل فضولى له لا حضور الباقين (قوله فجعل القبول من المحتال) قال الرملى بل جعله من المحتال عليه اذ الضمير راجع اليه تامل اهـ قلت المراد من القبول ما يتوقف على المجلس وهو ما يكون أحد شطرى العقد فقول البزازى فقبل أى فرضى فليس المراد به القبول الذى فسر به الرضا لكن قول المؤلف والرضا منهما غير ظاهر لان المحيل فى هذه الصورة موجب والمحتال قابل بدليل اشتراط حضوره نعم المحال عليه غائب وقد اكتفى برضاه (قوله وكان له دين) أى للمحيل (قوله وان لم يكن له دين) أى للمديون الذى هو المحيل وقوله عليه أى على المحال عليه (قوله وكذا حضرته) أى المحيل (قوله وكذا لو كان المحتال غائبا) لعله المحتال عليه (قوله والحوالة متى حصلت مبهمة الخ) قال فى الذخيرة من الفصل الثانى وأما المطلقة فالحالة منها أن يحيل المديون الطالب على رجل بالف درهم فيجوز و يكون الالف على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين من الاصيل وانما يتحول على الصفة التى كانت على الاصيل وكانت على الاصيل حالة فيتحول الى المحتال 270 عليه حالة أيضا وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدى ولكن اذا لوزم فله أن يلازم الاصيل واذا حبس كان له أن يحبس الاصيل حتى يخلصه عن ذلك كما فى الكفيل واذا أدى يرجع على الاصيل بما أدى وأما المطلقة المؤجلة رجل له على رجل ألف درهم من ثمن مبيع الى سنة فاحال بها على رجل الى سنة فالحوالة جائزة والمال على المحتال عليه الى سنة لانه قبل كذلك ولم يذكر محمد فى الاصل ما اذا حصلت الحوالة مبهمة هل يثبت الاجل فى حق المحتال عليه قالوا ينبغى أن يثبت كما فى الكفالة وهذا لان المحتال عليه يتحمل عن الاصيل وانما يتحمل ما على الاصيل وعلى الاصيل دين مؤجل فيجب على المحتال عليه الدين كذلك وان مات الذى عليه الاجل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل فى حق الاصيل للاستغناء عن المؤجل بموته وهذا المعنى لا يتأتى فى حق المحتال عليه لانه حى محتاج الى الاجل لو حل الاجل فى حقه انما يحل تبعا لحلوله على الاصيل ولا وجه اليه لان الاصيل برئ عن الدين بالحوالة فالتحق بسائر الاجانب وان مات المحتال عليه قبل حلول الاجل والذى عليه الاصل حى حل المال عليه لانه بالموت استغنى عن الاجل فان لم يكن له وفاء رجع المحتال له بالمال على الذى عليه الاصل الى أجله وان سقط حكم الحوالة وقد انتقضت بموت المحتال عليه فينتقض ما فى ضمنها وهو سقوط الاجل وكان بمنزلة ما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع كذا ههنا وان كان المال حالا على الذى عليه الاصل من قرض وأحال بها على رجل الى سنة فهو جائز وان كان هذا تأجيلا فى القرض لان المال انما يجب على المحتال عليه بحكم الحوالة لا بالقرض والتأجيل فى الحوالة جائز وكان بمنزلة ما لو أجل الطالب الكفيل بالقرض فانه يجوز لان المال يجب على الكفيل بعقد الكفالة

رجل له الحوالة اهـ فجعل القبول من المحتال والرضا منهما مع انه قال الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحال عليه ولم يذكر المصنف رضا المحيل فانه ليس بشرط على ما ذكره محمد فى الزيادات وشرطه القدورى وانما شرطه للرجوع عليه فلا اختلاف فى الروايات كما فى ايضاح الاصلاح والحاصل انها ان كانت بغير رضا المحيل وكان له دين على المحال عليه فله مطالبته بدينه وان لم يكن له دين عليه فلا رجوع للمحتال عليه لانه قضى دينه بغير أمره كما فى السراج الوهاج وكذا حضرته ليست شرطا حتى لو قيل لصاحب الدين لك على فلان ألف فاحتل بها على ورضى الطالب بذلك وأجاز صحت فليس له أن يرجع بعد ذلك بخلاف ما لو قيل للمديون عليك ألف لفلان فاحله بها على فقال المديون أحلت ثم بلغ الطالب فاجاز لا يجوز عند الامام ومحمد كذا فى البزازية وكذا لو كان المحتال غائبا كما قدمناه وفيها معزيا الى المنتقى قال لآخر احلنى على فلان وسكت ثم قال لم أقبل فالحوالة جائزة اهـ ولم يقيد المصنف رحمه الله تعالى بان يكون الدين المحال به معلوما ولا بد منه لصحتها لما فى البزازية احتال بمال مجهول على نفسه بان قال احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح أيضا الحوالة بهذا اللفظ والحوالة متى حصلت مبهمة يثبت الاجل فى حق المحتال عليه كما فى الكفالة ولو كان المال حالا على الذى عليه الاصل من قرض أو غصب فاحاله به على رجل الى سنة فهو جائز وان مات المحتال عليه قبل انقضاء الاجل عاد المال الى المحيل حالا فلا فرق بين الحوالة والكفالة فان الكفيل اذا كفل بدين وأجل الطالب الدين ولم يضف الاجل الى الكفيل صار الاجل مشروطا للاصيل حتى لو مات الكفيل كان الدين على الاصيل مؤجلا وفى الحوالة متى أضاف الاجل الى الدين ولم يضف الى المحتال عليه لا يصير الاجل مشروطا فى حق الاصيل حتى لو مات المحتال عليه مفلسا لا يعود

الدين الى الاصيل حالا اه ومن الغريب مافى المجتبى أحال الغريم بغير رضا المحال عليه لايجوز وقيل يجوز كالتوكيل بقبض الدين وفى شروط الظهيرية رضا من عليه الحوالة ليس بشرط اجماعا قلت معناه اذا كان المحال به مثل الدين اه والمذهب المعتمد انه لابد من رضا المحال عليه سواء كان عليه دين أولا وسواء كان المحال به مثل الدين أولا ثم اعلم ان الحوالة اذا صحت برضا المحال عليه وغاب المحيل فادعى المحال عليه مايوجب براءة المحيل ليبرأ فهل تسمع دعواه ففى البزازية غاب المحيل وزعم المحتال عليه ان مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا تصح دعواه وان برهن على ذلك كما فى الكفالة اه وفى فروق الكرابيسى لو أحال امرأته بصداقها على رجل وقبل الحوالة ثم غاب الزوج فاقام المحتال عليه بينة ان نكاحها كان فاسدا و بين لذلك وجها لاتقبل بينته ولو ادعى انها كانت أبرأت زوجها عن صداقها أوان الزوج أعطاها المهر أو باع بصداقها منها شيأ وقبضت قبلت بينته وان كان المبيع غير مقبوض لاتقبل بينته والفرق ان مدعى فساد النكاح متناقض أولانه يدعى أمرا مستنكرا فلا تسمع دعواه بخلاف دعوى الابراء أو البيع لانه غير مستنكر وكذا هذا فى الكفالة اه فعلى هذا لو ادعى المحيل انه أوفاه الدين بعدها تسمع وتقبل بينته لانه غير مستنكر (قوله وبرئ المحيل بالقبول من الدين) أى بقبول المحتال الحوالة على المحال عليه لان الاحكام الشرعية تبتنى على وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لايتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل بخلاف الكفالة لانها الضم وهو لايتحقق مع البراءة وقوله من الدين رد على من يقول بانه يبرأ عن المطالبة لا الدين وقدمنا ذلك ومراده انه يبرأ براءة موقتة كما قدمناه فلو أحال المشترى البائع بالثمن على رجل لم يملك حبس المبيع وكذا لو أحال الراهن المرتهن لايحبس الرهن ولو أحال الزوج المرأة بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس فى الثلاثة هذا هو مقتضى براءة المحيل ولكن المنقول فى الزيادات عكسه وهو ان البائع والمرتهن اذا أحالا سقط حقهما فى الحبس ولو أحيلا لم يسقط لان المحال عليه قائم مقام المحيل فلم تسقط مطالبتهما والمكاتب على عكس ذلك فانه ان أحال مولاه على رجل عتق وان أحال مولاه عليه لم يعتق حتى يؤدى البدل لانها معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا كان المكاتب محيلا لا اذا كان محالا عليه وقوله برئ المحيل من الدين غير شامل لما اذا كان المحيل كفيلا وخصها ببراءة نفسه فانه يبرأ عن المطالبة لانه لادين عليه على الصحيح وأما اذا أطلق الحوالة فان الاصيل يبرأ أيضا لان الحوالة المطلقة تنصرف الى الدين وهو على الاصيل فيبرأ ويتبعه الكفيل كصلح الكفيل مع الطالب ان أطلقه برئا وان اشترط براءة نفسه خاصة برئ الكفيل وحده كذا فى تلخيص الجامع فاذا أحال الطالب على الكفيل بمال الكفالة صح وان أحال على الاصيل فكذلك ولا سبيل للمحتال على الكفيل لانه لم يضمن كذا فى البزازية وفى قوله برئ المحيل اشارة الى براءة كفيله فاذا أحال الاصيل الطالب برئا كذا فى المحيط ولم يشترط المصنف لبراءة المحيل قبض المحال من المحال عليه فلا تتوقف على القبض الا فى مسئلتين فى تلخيص الجامع قال وان كان دينه جيادا أو ذهبا وعليه زيف أو ورق فاحال عنهما بجياد أو ذهب على أن يأخذهما من غريمه جاز ان قبل الغريم ناقدا فى مجلس المحيل والمحال اذا تصارفا مقتضى ايجاب الجياد كما ينقل الدين مقتضى هبته من الكفيل وأ كذا بدله بضمان التحويل فى المجلس كشرط الرهن والكفيل والنقل الى ذمته توثيق بمنزلة الملاءة عادة لاتفويت للقبض المستحق الآن ببرئه المحال فينعكس ويبطل الصرف لانه فسخ مجازا كيلا يلغو اذ الا فى ماله حكم الغير حذار الاستبدال غير مشروط بالقبول لوجود الرضا ضمن الحوالة ضد غيرها ولو أحاله على الجياد أو

وبرئ المحيل بالقبول من الدين

لا بالقرض والواجب بالكفالة يقبل الاجل اه (قوله لم يملك) أى البائع (قوله ولكن المنقول فى الزيادات عكسه الخ) الظاهر أن ما اقتضاه كلام المصنف مبنى على ما مشى عليه أولا وهو انها نقل الدين والمطالبة وهو الصحيح وهو قول أبى يوسف وما فى الزيادات قول محمد يشهد له ما قدمه المؤلف هناك فراجعه ثم رأيت فى الخلاصة قد ذكر مسئلة احالة البائع والمشترى وعزاها للزيادات كما هنا ثم قال وفى التجريد جعل هذا قول محمد وعند أبى يوسف سقط حق الحبس فى الوجهين جميعا اه

الذهب الذي عليه أو على أن يعطيه الجياد أو الذهب الذي عليه لم يجز لان التعريف ضد التنكير يجعل الدين الذي عليه بدلا وفيه تمليكه من غير من عليه أو شرط الثمن على الغير ضد ما لو كانت الجياد والذهب وديعة أو غصبا قائما أو ملك العين والدين اه ولم يذكر المصنف ما اذا اختلفا في الاحالة قال في البزازية زعم المديون انه كان أحال الدائن على فلان وقبله وأنكره الطالب سأل الحاكم من المديون البينة على الحوالة ان أحضرها والمحتال عليه حاضر قبلت وبرئ المديون وان غائبا قبلت في حق التوقف الى حضور المحال عليه فان حضر وأقر بما قال المديون برئ والا أمر باعادة البينة عليه وان كان الشهود ماتوا أو غابوا احلف المحتال عليه وان لم يكن للمديون بينة وطلب حلف الطالب بالله ما احتال على فلان بالمال فان نكل برئ المطلوب اه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) لان براءته مقيدة بسلامة حقه اذ هو المقصود أو لفسخ الحوالة لفواته وانها تحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع وهذا اذا لم يشترط الخيار للمحال أما اذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له ان يرجع على أيهما شاء صح كذا في البزازية ومراده اذا كانت الحوالة باقية أما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولذا قال في البدائع ان حكمها ينتهي بفسخها وبالتوى وفي البزازية والمحيل والمحتال يملكان النقض وبالنقض يبرأ المحتال عليه وقدمنا عن الذخيرة ان الحوالة اذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضا للاولى وفيها أيضا قال محمد في الزيادات رجل له على رجل ألف درهم وبها كفيل وعلى رب الدين لرجلين ألفا درهم دين لكل واحد منهما ألف درهم أحال رب الدين أحد غريميه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين وأحال الغريم الآخر على الاصيل حوالة مقيدة بذلك الدين فهذا على وجهين اما ان حصلت الحوالتان على التعاقب وهو على وجهين اما ان بدأ بالحوالة على الاصيل أو بالحوالة على الكفيل فان بدأ بالحوالة على الكفيل صحت الحوالتان أما الحوالة على الكفيل فظاهر وأما الحوالة على الاصيل فلان تأخير المطالبة عن الكفيل لا يوجب تأخير المطالبة عن الاصيل ولا تبطل الحوالة الاولى بالحوالة الثانية لان المطالبة قد تأخرت عن الكفيل بالحوالة الاولى وان بدأ بالحوالة على الاصيل ثم بالحوالة على الكفيل فالحوالة على الاصيل صحيحة وعلى الكفيل باطلة ولو وقعتا معا جازتا الى آخر ما فيها وقوله الا بالتوى مقيد بان لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا لما في الذخيرة رجل أحال رجلا له عليه دين على رجل ثم ان المحتال عليه أحاله على الذي عليه الاصل برئ المحتال عليه الاول فان توى المال على الذي عليه الاصل لا يعود الى المحتال عليه الاول اه وللتوى معنيان لغوي واصطلاحي هنا فالاول ففي المصباح التوى وزان الحصى وقد يمد هو الهلاك اه وفي الصحاح التوى مقصور اهلاك المال يقال توي المال بالكسر يتوى توى وأتواه غيره وهذا مال أتوى على فعل اه وأما الثاني فأفاده بقوله (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له أو يموت مفلسا) لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو موته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين باق في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى انه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى عز وجل غاد ورائح وفي البزازية أحال على رجل فغاب المحتال عليه فزعم المحتال ان المحتال عليه جحد الحوالة وحلف وبرهن على ذلك لا تقبل ولا تصح دعواه لان المشهود عليه غائب اه

ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له أو يموت مفلسا

(قوله وفي البزازية أحال على رجل الخ) الضمير في جحد وحلف للمحتال عليه وفي برهن للمحتال

وفي المحيط وان صدقه المحيل رجع عليه بدون البينة والافلاس للميت بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا ووجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما في الزيادات وفي الخلاصة لا يمنع وان المحتال لو أبرأ الكفيل بعد موت المحال عليه فله أن يرجع بدينه على المحيل وفي البزازية أخذ المحتال من المحال عليه بالمال كفيلا ثم مات المحال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل بامره أو بغير أمره والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالا ثم أجله المكفول له وان لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن ولو قال الطالب مات المحال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة فالقول للطالب مع حلفه اهـ ثم قال فيها قال المحيل مات المحال عليه بعد أداء الدين اليك وقال المحال عليه بل قبله وتوى حقي فلي الرجوع فالقول للمحتال لتمسكه بالاصل اهـ وأورد على قولهم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ما لو أوصى لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان وقال أنا فقير وقالت الورثة انه غني فالقول للورثة وان كان الاصل العسرة لان الفقير مدع وليس بدافع شيئا عن نفسه من حيث المعنى وفي مسئلتنا الطالب منكر معنى لان المحيل بدعواه ان المحتال عليه مات عن وفاء يدعي توجه المطالبة على الورثة وانها لم تكن ثابتة على الوارث وهذا دعوى على الطالب فانه متى ثبت ذلك لا يعود الدين على المحيل والطالب بدعوى الفقر ينكر ذلك فقد انضم الى التمسك بالاصل الانكار معنى وفي مثله القول قول المتمسك بالاصل كذا في الذخيرة (قوله فان طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا أن المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر وانما قال مثل الدين ولم يقل بما أداه فلو كان المحال به دراهم فادى دنانير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به وكذا اذا أعطاه عرضا وان أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد وكذا لو صالحه بشئ فانه يرجع بالمحال به الا اذا صالحه عن جنس الدين باقل فانه يرجع بقدر المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى الا اذا أدى أجود أو جنسا آخر والكفيل كالمحول بل يرجع بالدين لا بما أدى الا في الصلح على الاقل كما قدمناه في الكفالة ولا بد أن يقول بعد قوله بما أحال بعد ما دفع المحال به الى المحتال ولو حكما لانه قبل الدفع اليه لا يطالبه الا اذا طولب ولا يلازمه الا اذا لوزم كما قدمناه فلو أبرأ المحتال المحال عليه فانه لا رجوع له على المحيل ولو كان المحال عليه مديونا للمحيل وقد أحاله بدينه مقيدا فللمحيل الرجوع عليه بدينه بعد ابراء المحتال وانما قلنا ولو حكما لان المحتال لو وهبه من المحال عليه فله الرجوع ولا رجوع للمحيل بدينه لو كان مديونه وقد أحاله به كالاستيفاء والوراثة من المحتال كالهبة كذا في البزازية وفيها عن الثاني أحال المشتري بالثمن على انسان فتبرع أجنبي بقضاء الثمن عن المشتري لم يرجع المحتال عليه على المشتري وان تبرع على المحتال عليه يرجع وان لم يبين فالقول للمتبرع وان ميتا أو غائبا فعن المحتال عليه ما لم يعلم خلافه باقرار الدافع (قوله وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكره ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة مجازا لما في التوكيل من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيكون القول له مع يمينه فان قيل قلتم ان المحيل لا يملك ابطال الحوالة فلو لم يجعل المحتال مستحقا لملك المحيل ابطالها لانه يملك فسخ التوكيل بالقبض قلنا الحوالة قد صحت وهي محتملة أن تكون بمال هو دين على المحيل ويحتمل أن يكون أقامه مقام نفسه فلا يجوز ابطال الحوالة

فان طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل

(قوله وفي الخلاصة لا يمنع وان المحتال الخ) الذي رأيته في الخلاصة نصه ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئا وقد أعطى كفيلا بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على صاحب الاصل وفي الزيادات المحتال له اذا أخذ الكفيل من المحتال عليه بالمال ثم مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل عنه بامره أو بغير أمره والكفالة حالة أو مؤجلة أو كفل حالا ثم أجله المكفول له اهـ ولم أر فيها التصريح بانه لا يمنع وما ذكره من رجوعه على الاصل وهو المحيل سببه ابراء الكفيل وهو غير ما نقله عن الزيادات تامل

(قوله وفى المحيط الا أن يكون المحيل الخ) استثناء من قول المتن فالقول للمحيل والظاهر ان المراد بالحويل المحتال عليه كما تقدم نظيره فى عبارة تلخيص الجامع وقوله لا يحتمل الوكالة أى لا يحتمل وكالة المحيل بقوله أحلتك على فلان مع قوله للمحتال عليه اضمن عنى هذا المال هذا ما ظهر ٢٧٤ لنا فتامله (قوله بخلاف المطلقة) أى فانه يملك المحيل المطالبة فيها الا أن يؤدى فاذا أدى سقط ما عليه قصاصا كما فى الجوهرة (قوله ولو مات المحيل قبل قبض المحتال الخ) ظاهره ان هذا فى الحوالة المقيدة بدليل قوله كان الدين والعين المحال بهما وهو مقتضى التعليل بقوله لكونه مال المحيل ولا يكون مال المحيل الا فى

بالاحتمال كذا فى السراج الوهاج وفى المحيط الا أن يكون المحيل قال للحويل اضمن عنى هذا المال لان قوله اضمن عنى لا يحتمل الوكالة لانه أمره بالضمان عنه وانما يصير ضامنا عنه اذا كان على المحيل دين فكان اقرارا منه بالمال عليه اه وفى النوادر لو غاب المحتال وأراد المحيل أن يقبض المال من المحال عليه وقال أحلته بوكالة لا يصدق على ذلك لانه قضاء على الغائب هذه رواية بشر خالد بن الوليد وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى انه يقبل قول المحيل انه وكله لان الدين حقه قبل المحال عليه وقد أنكر اسقاطه بالحوالة وأقر بحق قبضه للوكيل بالوكالة وكذا لو قال لا تدفعه جاز نهيه وان الآخر غائبا كذا فى المحيط (قوله ولو أحاله بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ) بيان للحوالة المقيدة وحاصله انها نوعان مطلقة ومقيدة فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو وديعة أو عين فى يده وديعة أو غصب أو نحوه والمطلقة أن يرسلها ارسالا ولا يقيدها بواحد مما ذكر سواء كان له دين على المحال عليه أو عنده عين له أولا بان قبلها متبرعا والكل جائز لانه فى المقيدة وكيل فى الدفع وفى المطلقة متبرع وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين وللمحال عليه الرجوع على المحيل بعد أدائه ان كانت برضاه ولو كان الدين مؤجلا فى حق المحيل تأجل فى حق المحال عليه ولا يحل بموت المحيل ويحل بموت المحال عليه وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال عليه من الدين أو العين لتعلق حق المحتال على مثال الراهن بخلاف المطلقة فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه من الدين أو عنده من العين بخلاف المقيدة وقدمنا حكم ابراء المحتال وهبته وارثه ولو مات المحيل قبل قبض المحتال كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص لكونه مال المحيل ولم يثبت عليه يد الاستيفاء لغيره لان المحتال لم يملكه بها للزوم تملك الدين من غير من هو عليه وانما وجب بها دين فى ذمة المحال عليه مع بقاء دين المحيل وقد حققناه فيما سلف وسيأتى حكم ما اذا قبضه المحتال به بعد مرض المحيل بخلاف الرهن لانه ثابت عليه يد الاستيفاء فاختص به المرتهن بعد موت الراهن مديونا بخلاف المطلقة لبراءة المحيل وصار المحتال من غرماء المحال عليه واذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذى كان عليه وظاهر قولهم بقسمته بين غرماء المحيل انه يقسم بين ورثته أيضا بمعنى ان لهم المطالبة به دون المحتال فيضم الى تركته ولم أره الآن والمراد بالبراءة فى قوله برئ بطلان الحوالة لان المودع كما قدمنا وكيل فى دفعها فلا دين عليه أو المراد البراءة عن المطالبة وهو الظاهر وهلاكها بقول المودع ولذا قال فى الخلاصة لو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة اه ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وانما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا وقدمرت فى الوكالة كذا فى المحيط وفى التتارخانية والاستحسان ان لا يكون متبرعا وله ان يشارك غرماء المحيل فى تركته ووديعته بقدر ما أدى واستحقاق الوديعة مبطل لها كهلاكها كما فى الخانية وفى التتارخانية لو كانت الحوالة مقيدة بالعين الوديعة فوهبها

المقيدة لانه فى المطلقة متبرع لكن صرح فى البزازية بما يقتضى عدم الفرق بين المطلقة والمقيدة ونصه مات المحيل بعد الحوالة قبل استيفاء المحتال المال من المحتال عليه وعلى المحيل ديون كثيرة فالمحتال مع سائر الغرماء على السواء ولا يرجع المحتال بالحوالة وكذا لو قيد بدينه الذى على المحتال عليه لو مات قبل الاستيفاء يتساوى المحتال مع سائر الغرماء اه ومقتضاه بطلان الحوالة بموت المحيل وبه صرح فى الحاوى الزاهدى وعبارته كما نقلها بعض العلماء مات المحيل تبطل الحوالة حتى لا يختص المحتال بماله على المحتال عليه بل أسوة لغرمائه لانها تمليك الدين لغير من هو عليه وهو غير جائز الا انها جوزت للحاجة وبالموت سقطت وتعود المطالبة الى تركته وعن زفر خلافه (قوله بخلاف المطلقة) الظاهر انه مرتبط بقوله ولو مات المحيل قبل قبض المحتال الخ فيفيد ان ذلك خاص بالمقيدة وقوله واذا قسم الدين الخ أى فى المقيدة كما أفاده ما قررناه وفى ذلك مخالفة لما نقلناه عن

ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ

المحتال من المحال عليه صح التمليك وهو مشكل لان المحتال لم يملكها فكيف يملكها وجوابه أنه لما كان له حق أن يتملكها كان له أن يملكها اه وقيد بالوديعة لان الحوالة بالمغصوب لا تبطل بهلاكه ذكره الشارح فى أول كتاب الرهن ووجهه انه لا يبرأ بالهلاك للانتقال الى بدله مثلا وقيمته وفى البزازية لو كانت مقيدة بالغصب لا تبطل لوجود الخلف وقيد بهلاك العين لانها لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه فلو أحال المولى غريمه على المكاتب ببدل الكتابة ثم أعتق المولى المكاتب لم تبطل الحوالة عندنا خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف ما اذا باع عبدا من رجل بألف درهم ثم ان البائع أحال غريما بالثمن على المشترى فمات العبد قبل القبض أو رد بخيار من الخيارات الثلاث قبل القبض أو بعده لم تبطل ولو استحق المبيع أو استحق الدين الذى قيد به الحوالة من جهة الغرماء أو ظهر ان العبد المبيع كان حرا بطلت الحوالة اجماعا والفرق ان فى الاول سقط الدين بعد الوجوب مقصودا فلم تبطل الحوالة وفى الثانى ظهر عدم الوجوب وقت الحوالة فبطلت واذا لم تبطل وأدى فانه يرجع به على المحيل فيرجع المكاتب على سيده ان أداه بعد عتقه لا قبله كذا فى الذخيرة ثم قال وفى المنتقى رجل اشترى عبدا بألف درهم وقبضه ثم أحال المشترى البائع بالثمن على غريمه من المال الذى له عليه ثم رد المشترى العبد بعيب بقضاء فان القاضى يبطل الحوالة فان كان البائع أجل المحتال عليه بالمال فان الاجل ينتقض أيضا اذا كان الرد بحكم فان كان الرد بغير حكم لا يبطل الاجل والمشترى بالخيار ان شاء اتبع البائع به حالا وان شاء اتبع المحتال عليه الى أجله اه فقد فرق على رواية المنتقى بين احالة البائع غريمه على المشترى وبين احالة المشترى البائع على غريمه حيث لا تبطل فى الاولى بالفسخ وتبطل فى الثانية ولعل وجهه ان فى الاولى تبين أن لا دين عليه وهى تصح بدون دين على المحال عليه وفى الثانية ظهر أن المحيل ليس بمديون فبطلت ثم قال فى الذخيرة وان كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال أو وهبه له أو اشترى منه ثوبا وقبضه ثم رد المشترى المبيع بعيب بقضاء أو بغيره جازت الهبة والابراء والبائع ضامن للمال وكذا لو مات العبد فى يد البائع قبل القبض وكذا لو استحق بعده وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال أو وهبه له اه وهو مشكل بالنسبة الى مسئلة الاستحقاق لما تقدم من بطلان الحوالة اذا استحق المبيع لانه تبين أن لا دين أصلا فلما بطلت ينبغى أن يبطل ما بنى عليها من الهبة والابراء من البائع وقد وقعت حادثة الفتوى فى المديون اذا باع شيأ من دائنه بمثل الدين ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل تصح أولا فأجبت اذا وقع بنظيره صحت لانها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه وان وقعت بالثمن فهى مقيدة بالدين وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقدمنا ان الدين اذا استحق للغير فانها تبطل والله أعلم ﴿فروع مهمة﴾ يجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الاب والوصى على أملأ من الاول لان تصرفهما مقيد بشرط النظر وان كان مثله فى الملاءة اختلفوا على قولين ولو احتال الاب بدينه الى أجل لم يجز لكونه ابراء موقتا فيعتبر بالابراء المؤبد وهذا اذا كان دينا ورثه الصغير وان وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافا لابى يوسف كذا فى المحيط وكذا قبول الحوالة من المتولى

البزازية فليتأمل (قوله والفرق ان فى الاول) أى فى اعتاق المكاتب وموت العبد المبيع أو رده بخيار لكن يرد عليه ان سقوط الدين بموت العبد ليس مقصودا فالمناسب أن يقول ان الدين فى الاول سقط بأمر عارض كما فى الجوهرة حيث قال وأما ان سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الاصيل منه لا تبطل الحوالة مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع فهلك المبيع قبل تسليمه الى المشترى سقط الثمن عنه ولا تبطل الحوالة ولكنه اذا أدى رجع على المحيل بما أدى لانه قضى دينه بأمره اه (قوله ولعل وجهه) أى وجه الفرق بينهما أنه فى الاولى تبين أن لا دين عليه أى على المحال عليه وهو المشترى وهى تصح بدون دين عليه وفيه نظر لان ذلك فى المطلقة وكلامنا فى المقيدة فالمناسب أن يقول كما قدمناه عن الجوهرة ان فى الاولى تبين سقوط الدين بأمر عارض وهو الفسخ بالعيب (قوله وفى الثانية ظهر ان المحيل ليس بمديون فبطلت) قال بعض الفضلاء لا يظهر لان الحوالة تصح بدون دين على المحيل أيضا كما مر متنا وكان الظاهر أن يقول وفى الثانية ظهر ان الحوالة بمعنى الوكالة وللوكيل الامتناع عنها اه فتأمل (قوله وهو مشكل الخ) قد يجاب بان المحتال وهو البائع قد صار قابضا من المحتال عليه بابرائه أو هبته قبضا حكميا وبالشراء منه صار قابضا قبضا حقيقيا وقد علمت ان هذه الحوالة بمعنى الوكالة فصار البائع كالوكيل عن المشترى فيرجع عليه بما قبضه بعد بطلان الحوالة تأمل

على هذا التفصيل ولم يذكروا فيما رأيت حكم احالة المستحق بمعلومه على المتولي و ينبغي أن تكون صحيحة اذا كان مال الوقف تحت يده كالاحالة على المودع بجامع ان كلا منهما أمين ولا دين عليه وأما اذا لم يكن في يده مال الوقف فلا لانها لثبوت المطالبة على المحال عليه ولو قبل الحوالة بالمال الذي للمحيل على المحال عليه ثم مرض المحيل فقضى المحال عليه سلم للمحتال ما أخذه و يؤخذ من المحال عليه ما علم و يقسم بين غرماء المحيل بالحصص و يشاركهم المحتال عليه ولو كانت الحوالة بوديعة فالمسئلة بحالها فلا سبيل لغرماء المحيل على المحال عليه ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الاول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل ولو قال ضمنت لك ما على فلان على ان أحيلك به على فلان فرضي الطالب ان أحاله وقبله جاز وان لم يقبل فلان الحوالة فالكفيل ضامن على حاله ولو قال على أن أحيلك به على فلان الى شهر انصرف التأجيل الى الدين لانه لا يصح تأجيل عقد الحوالة واذا أراد أن يحيله على فلان فلم يقبل المكفول له الحوالة برئ الكفيل عن الضمان وان مات فلان لم يكن للطالب أن يطالبه بالمال حتى يمضي شهر والكل في المحيط وفي البزازية أدى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل وعلى هذا اذا باع الآجر المستأجر وأحال بالثمن على المستاجر ثم استحق المستاجر من يد المشتري ان شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل وان شاء رجع على المستاجر القابض وكذا في كل موضع ورد فيه الاستحقاق اهـ (قوله وكره السفاتج) جمع سفتجة قيل بضم السين وقيل بفتحها وأما التاء مفتوحة فيهما فارسي معرب وفسرها بعضهم فقال هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضا يامن به خطر الطريق كذا في المصباح وفي القاموس السفتجة كقرطقة أن يعطي مالا لآخر وللآخر مال في بلد المعطي فيوفيه اياها ثم فيستفيد أمن الطريق وفعله السفتجة بالفتح اهـ وحاصله عندنا قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق للنهي عن قرض جر منفعة وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به وفي البزازية من كتاب الصرف ما يقتضي ترجيح الثاني قال ولا باس بقبول هدية الغريم واجابة دعوته بلا شرط وكذا اذا قضى أجود مما قبض يحل بلا شرط وكذا لو قضى أدون ولو أرجح في الوزن ان كثير لم يجز وان قل جاز وما لا يدخل في تفاوت الموازين ولا يجري بين الكيلين لا يسلم له بل يرده والدرهم في مائة يرده بالاتفاق واختلفوا في نصفه قيل كثير وقيل قليل ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لانه مشاع يحتمل القسمة اهـ والله أعلم

﴿ كتاب القضاء ﴾

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والكلام فيه في عشرة مواضع الاول في معناه لغة وهو بالمد ككساء وأكسية ففي المصباح انه مصدر قضيت بين الخصمين وعليهما حكمت اهـ وفي الصحاح القضاء الحكم وأصله قضاي لانه من قضيت الا أن الياء لما جاءت بعد الالف قلبت همزة والجمع الاقضية وقضى أي حكم ومنه قوله تعالى وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وقد يكون بمعنى الفراغ تقول قضيت حاجتي وضربه فقضى عليه أي قتله كانه فرغ منه وسم قاض أي قاتل وقضى نحبه قضاء أي

بالديون لا بتنا ئها على النقل قال في الجوهرة فلا تصح بالحقوق كذا في النهر وقد مر قال ومقتضى ما في البحر صحة الحوالة بحق الغنيمة المحرزة تحت يد الامام من أحد الغانمين وعندي فيه تردد فتدبره (قوله على المحال عليه) ويكون المدفوع بين غرماء المحيل و بين المحتال بالحصص فيه نظر فليراجع (قوله وعلى هذا اذا باع الآجر المستاجر) قال الرملي أي باذن المستاجر كما في الخلاصة

وكره السفاتج
﴿ كتاب القضاء ﴾

(قوله وأحال بالثمن على المستاجر) كذا رأيته في البزازية والذي في الخلاصة وأحال المستاجر على المشتري فاستحق المبيع من يد المشتري وهو قد أدى الثمن الى المستاجر الخ وتقدم عند الكلام على حكمها مسئلة من صور فساد الحوالة فراجعها (قوله وفسرها بعضهم الخ) هي على هذا التفسير ما يسمى في زماننا بالبولصه (قوله وفي البزازية من كتاب الصرف ما يقضي ترجيح الثاني) قال في النهر و به جزم في الصغرى والواقعات الحسامية والكفاية مات للشهيد نعم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا ﴿ كتاب القضاء ﴾

مات وقد يكون بمعنى الاداء والانهاء تقول قضيت دينى ومنه قوله تعالى وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب وقوله تعالى وقضينا اليه ذلك الامر أى أنهيناه اليه وأبلغناه ذلك قال الفراء فى قوله تعالى ثم اقضوا الى أى امضوا الى كما يقال قضى فلان أى مات ومضى وقد يكون بمعنى الصنع والتقدير قال أبو ذؤيب

وعليهما مسرودتان قضاهما * داود أو صنع السوابغ تبع

يقال قضاه أى صنعه وقدره ومنه قوله تعالى فقضاهن سبع سموات فى يومين ومنه القضاء والقدر ويقال استقضى فلان أى صير قاضيا اه وحاصله أنه يستعمل لغة بمعنى الحكم والفراغ والهلاك والاداء والانهاء والمضى والصنع والتقدير وفى القاموس القضاء يمد أو يقصر الحكم قضى عليه يقضى قضيا وقضى وقضية وهى الاسم أيضا الى آخر ما فيه الثانى فى معناه شرعا فعرفه فى فتح القدير بالالزام وفى المحيط بفصل الخصومات وقطع المنازعات وفى البدائع الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى من حكم الحادثة اما قطعا بان كان عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الاجماع واما ظاهرا بان أقام عليه دليلا ظاهرا يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها الفقهاء أو التى لا رواية فيها عن السلف فلو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يجز لانه قضى بالباطل قطعا وكذا لو قضى فى موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقاويل الفقهاء لم يجز لان الحق لم يعدوهم ولذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز لان القياس فى مقابلة النص باطل ولو ظاهرا واما ما لا نص فيه فان مجتهدا قضى برأيه لا برأى غيره واذا قلد الافقه وسعه عند الامام الاجتهاد خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس وان أشكل عليه الحكم استعمل رأيه والافضل مشاورة الفقهاء فان اختلفوا أخذ بما يؤدى الى الحق ظاهرا وان اتفقوا على خلاف رأيه عمل برأى نفسه لكن لا يعجل بالقضاء حتى لو قضى مجازفا لم يصح فيما بينه و بين الله تعالى فاذا كان مجتهدا أو لا يدرى حاله يحمل على أنه قضى برأيه حملا له على الصلاح وان لم يكن من أهل الاجتهاد فان حفظ أقاويل الصحابة عمل بمن يعتقد قوله حقا على التقليد والا عمل بفتوى أهل الفقه فى بلده من أصحابنا فان لم يكن فيها الا واحد وسعه الاخذ بقوله ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم بذلك لم ينفذ ولو كان ناسيا فله أن يبطله وفى بعض الروايات صح قضاؤه عنده خلافا لهما اه وعرفه العلامة قاسم بانه انشاء الزام فى مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا فخرج القضاء على خلاف الاجماع وخرج ما ليس بحادثة وما كان من العبادات اه ووقع فى الهداية وكثير التعبير بباب أدب القاضى ففى العناية الادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان فى فضيلة من الفضائل قال أبو زيد و يجوز أن يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه اه وفى فتح القدير الادب الخصال الحميدة فالمراد بها هنا ما ينبغى للقاضى أن يفعله وما عليه أن ينتهى عنه والاولى التفسير بالملكة لانها الصفة الراسخة للنفس فما لم يكن كذلك لا يكون أدبا كما لا يخفى وفى القاموس الادب محركة الظرف وحسن التناول أدب كحسن أدبا فهو أديب والجمع أدباء اه الثالث فى ركنه وهو ما يدل عليه من قول أو فعل فالاول قال فى القنية قول القاضى حكمت أو قضيت ليس بشرط وقوله بعد اقامة البينة للمعتمد أقه واطلب الذهب منه حكم منه وقوله ثبت عندى يكفى وكذا اذا قال ظهر عندى أو صح عندى أو علمت فهذا كله حكم فى المختار زاد فى الخزانة أو اشهد عليه

(قوله وحكى فى التتمة الخلاف فى الثبوت الخ) قال الرملى وفى الفواكه البدرية وأما قوله ثبت عندى فموضع الحكم وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعده وأما الثبوت فقد قال علماؤنا قول القاضى ثبت عندى حكم وعرف المتشرعين والموثقين الآن على ان الثبوت ليس بحكم بدليل تقسيم الثبوت الى ما اقترن به الحكم وما كان مجردا وبدليل قولهم فى التسجيل ولما ثبت عنده حكم والمتعارف فى ذلك غير مختص بمذهب بل نسبته من حيث الاستعمال الى جميع المذاهب واحدة كما هو ظاهر وقد فصل بعض المتأخرين فقال ما معناه ان الثبوت ان وقع على السبب لا يكون حكما كما اذا قال ثبت عندى جريان العقد بين المتعاقدين وان وقع على المسبب كان حكما كما اذا قال ثبت عندى ملكه لكذا وهو قول متجه لو تم وجهه ولكنه لا يتم ثم ذكر بيانه فراجعه ثم قال وفى معنى قول القاضى ثبت عندى صح عندى اهـ (قوله والتحقيق انه لا خلاف الخ) قال الرملى بعيد جدا بل لا يقال لان الدعوى الغير الصحيحة لا يفيد فيها لفظ حكمت المجمع عليه خلفه عن لفظ ثبت عندى تامل وفى فتاوى

وحكى فى التتمة الخلاف فى الثبوت وصحح فى البزازية أنه حكم وذكر فى أنفع الوسائل معزيا الى الكبرى للخاصى أن الفتوى على أن الثبوت حكم وكذا فى الخانية والتحقيق أنه لا خلاف فمن قال انه ليس بحكم أراد به اذا لم يكن بعد تقدم دعوى صحيحة ومن قال انه حكم أراد اذا كان بعد الدعوى ثم اعلم أن الثبوت ليس بحكم اتفاقا فى مواضع ظفرت بها منها ثبوت ملك البائع للعين المبيعة عند البيع وهو المسمى ببينة الجريان وقد ذكره ابن وهبان فى شرح قوله فى المنظومة ويدخل شرب الارض من دون ذكره قال اذا شهد الشهود بملكية الارض لانسان على ما هو المعتاد فى كتب التبايع فى بلادنا أنه يقيم المشترى أو البائع بينة بان البائع لم يزل حائزا مالكا لجميع الارض وكذلك فى الوقف من أجل صحة البيع أو الموقوف أو غيرهما اهـ وفائدة بينة الملك للبائع أو الواقف التوصل الى قضاء القاضى بصحة البيع أو الوقف والا لم يقض بالصحة وانما يقضى بموجب ما أقر به كما فى فتاوى قارئ الهداية ومنها ما ذكره ابن الغرس من قولهم لا تصح الدعوى فى العقار حتى يثبت المدعى أن المدعى عليه واضع يده عليه وهذا الثبوت ليس بحكم قطعا اهـ قال ومنها قول الموثق وثبت عنده أن العين بصفة الاستبدال شرعا ومنها قولهم فى خيار العيب لا بد أن يثبت المشترى قيام العيب للحال لتوجه الخصومة الى البائع فانه ثبوت مجرد لا حكم ومنها قولهم أنه ثبت ان لا مال للصغير سوى العقار عند بيع عقاره اهـ وفى البزازية قوله لا أرى لك حقا فى هذه الدار بهذه الدعوى لا يكون قضاء ما لم يقل أمضيت أو أنفذت عليك القضاء بكذا وكذا قوله للمدعى عليه سلم هذه الدار اليه بعد اقامة البرهان قال وهذا نص على أن أمره لا يكون بمنزلة قضائه وذكر شمس الائمة أنه حكم لان أمره الزام وحكم واذا قال القاضى ثبت عندى وقلنا أنه حكم فالاولى أن يبين أن الثبوت بماذا بالاقرار أم بالبينة لمخالفة الحكم بين طريقى الحكمين وفى الخانية لو قال القاضى بعد ما شهد العدول أرى أن الحق للمشهود له لم يكن قضاء لان قوله أرى أو رأى بمنزلة قوله أظن ولو قال أظن لم يكن قضاء ثم قال البزازى أمر القاضى ليس كقضائه بدليل ما ذكره الظهيرى وقف على الفقراء فاحتاج بعض قرابة الواقف فأمر القاضى بان يصرف شئ من الوقف اليه فهذا بمنزلة الفتوى حتى لو أراد أن يصرفه الى فقير آخر صح ولو حكم بان لا يصرف الا الى أقربائه نفذ حكمه دل هذا ان أمره ليس بحكم اهـ والحاصل أنهم اختلفوا فى قوله سلم الدار هل هو حكم أولا ولم يحكوا خلافا فى أن أمره باعطاء بعض قرابته ليس بحكم وأما قولهم لو حكم القاضى أن لا يعطى غير هذا الرجل نفذ حكمه فقد قال فى فتح القدير من الوقف بعد نقله عن الخصاف من غير تقييد باقارب الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت فى المسئلة بقوله أن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم اهـ ويمكن أن تجعل له حادثة هى اعطاء المتولى فقيرا شيأ من وقف الفقراء سنة ثم جاءه فى السنة الثانية فمنعه وأراد أن يعطى غيره فترافعا الى القاضى فرأى القاضى أن الدفع اليه أصلح لعلمه وصلاحه فحكم على المتولى بان لا يعطى غيره نفذ لان فيه موافقة للشرط لانه فقير وكذا علل فى أوقاف الخصاف بعد المسئلتين أعنى ما اذا أعطاه القاضى بلا حكم وأما اذا حكم بان لا يعطى غيره بان فى كل منهما تنفيذ شرط الواقف ولم يحكوا خلافا فى أن أمره

قارئ الهداية الصحيح ان قول القاضى ثبت عندى حكم منه اهـ (قوله ثم اعلم ان الثبوت ليس بحكم اتفاقا فى مواضع) بجنس ليس المراد بالثبوت فى هذه المواضع ما مر لان المراد به فيما مر قول القاضى ثبت عندى كذا وليس المراد بالثبوت فى هذه المواضع الاخبار بذلك بل غيره (قوله أرى ان الحق للمشهود له) قال فى النهر ينبغى أن يكون بضم الهمزة أما اذا كان بمعنى اعلم فقد مر ان علمت

بحبس الخصم حكم كامره بالاخذ منه قال في القنية وأمر القاضي بحبس المدعى عليه قضاء بالحق اه
وفائدته لو حبسه حنفي في معاملة بفائدة ليس للمالكي ابطالها كذا في أنفع الوسائل وأما فعله فعلى
وجهين فما لم يكن موضعا للحكم فليس بحكم قطعا ومنه ما اذا أذنت بالغة عاقلة في تزويج نفسها فزوجها
فانه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية وما كان منها موضعا له أي محلا فقد اختلفوا فيه وله
صور منها تزويج الصغار الذين لا ولي لهم ومنها شراؤه وبيعه مال اليتيم ومنها قسمة القاضي العقار الى
غير ذلك مما هو في هذا المعنى فجزم في التجنيس بانه حكم ولذا لو زوج اليتيمة من ابنه لم يجز ورده في
فتح القدير من كتاب النكاح بانه ليس بحكم لانتفاء شرطه وهو الاوجه قال والالحاق بالوكيل يكفي
للمنع يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك أن يزوج من ابنه فكذا القاضي بمنزلة الوكيل أقول وكذا
ما ذكره في التتمة من أن القاضي لو باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لان بيع القاضي يكون على وجه
الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز اه خلاف الاوجه والالحاق بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لان
بيع الوكيل من نفسه باطل وكذا ما ذكر في الذخيرة من أن الامام اذا اشترى شيأ من الغنيمة لنفسه
لا يجوز شراؤه وان كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة لان الامام انما يبيع الغنائم على وجه الحكم بين
المسلمين ولهذا لا تلزم العهدة عليه فلو جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكما من نفسه وحكم الامام
والقاضي لنفسه لا يجوز اه خلاف الاوجه ولكن لما كثر ذلك في كلام أئمتنا فالاولى أن يقال أن
الحكم القولي يحتاج الى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج الى الدعوى له وانما يحتاج
القصدي فيدخل الضمني تبعا تصحيحا لكلامهم فمن نقل أن فعل القاضي حكم صاحب التجنيس
والتتمة والذخيرة كما أسلفناه وصرح به في بيوع المحيط والامام شمس الائمة السرخسي وفي بيوع
فتاوى قاضيخان وصرح به محمد في الاصل قال اذا احضر الورثة الى القاضي فطلبوا القسمة وبينهم
وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة لا أقسم بينهم باقرارهم حتى يقيموا البينة على الموت
والمواريث وقال أبو يوسف ومحمد أقسم ذلك باقرارهم وقال أبو حنيفة لا أقسم ذلك بقولهم ولا أقضي
على الغائب والصغير بقولهم لان قسمة القاضي قضاء منه اه وما في الاصل من قوله لان قسمة
القاضي قضاء منه قاطع للشبهة كلها فتعين الرجوع الى الحق وأما شرائطه وهو الرابع ففي الحكم
أن يكون بعد تقدم دعوى صحيحة من خصم على خصم فان فقد هذا الشرط لم يكن حكما وانما هو افتاء
صرح به الامام السرخسي قال وهذا شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات ذكره العمادي في فصوله
والبزازي في فتاواه ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الاجماع عليه وفي فتاوى قاضيخان انما ينفذ القضاء
عند شرائط القضاء من الخصومة وغيرها فاذا لم يوجد لم ينفذ اه فاذا حكم شافعي بموجب بيع عقار

تكون حكما (قوله لانتفاء شرطه) أي شرط الحكم وهو الدعوى الصحيحة سيجيب عنه المؤلف (قوله وهو الاوجه) بل قال ابن الغرس انه الصواب (قوله قاطع للشبهة كلها) أي لانه لا يمكن أن يقال فيه انه ملحق بالوكيل فتعين كون علة المنع هي كون فعله حكما (قوله وذكره العمادي) قال الرملي أي وذكره أيضا العمادي الخ فاسقاط لفظ ذكره الثاني من سهو الكاتب (قوله فاذا حكم شافعي بموجب بيع عقار الخ) اعلم ان الحكم بالموجب مما تعورف بين المتشرعين والموثقين وهو أعم من المقتضى لانه يشمل الصحة والبطلان كالحكم بموجب بيع المدبر معناه بطلانه لو القاضي حنفيا وصحته لو شافعيا والمقتضى لا يشمل البطلان فان الشئ لا يقتضي بطلان نفسه فيجتمعان في الصحة وينفرد الموجب في البطلان ثم ان الموجب قد يكون أمرا واحدا أو أمورا يستلزم بعضها بعضا في الثبوت أولا يستلزم فالاول كالقضاء بالاملاك المرسلة والطلاق والعتاق اذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة وهذا القسم لا كلام فيه اذ ذكر الموجب فيه وأصح الدلالة على المراد والثاني كما اذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فانكر الدين فاقام البينة على الدين والكفالة يحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل والثاني يستلزم الاول في الثبوت فاذا قضى بالموجب في مثله فقد قضى بجميعه والثالث كما اذا حكم شافعي بموجب بيع عقار كما ذكره المؤلف فالموجب هنا مجمل تفسره الطريق الموصلة الى القضاء فان أدت الى جميع تلك الامور بان كانت مدعى بها كلها حمل الموجب عليها وان الى بعض معين منها تعين انه المقضى به دون الآخر وللمخالف الحكم به برأيه ولا يكون حكم الاول بذلك الفرد المعين مانعا عن الحكم بالآخر ومثله كثيرة ومنها ما اذا قضى الحنفي بموجب التواجر بين أصيلين فمات أحدهما لا يكون حكما بعد انفساخها ثم الاستلزام السابق قد

يكون من أحد الجانبين كالمثال المار وقد يكون منهما كخروج العين من ملك البائع ودخولها في ملك المشتري بحكم العقد هذا حاصل ما حققه العلامة ابن الغرس في الفواكه البدرية قال في النهر وبقي قسم رابع نص عليه في منية المفتي وغيرها فقال في فسخ اليمين المضافة لو قال القاضي قضيت بالنكاح بينهما صح وان كان له أيمان مختلفة ولو لم يبطل القاضي حتى أجاز نكاح فضولي بالفعل ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بنفسه ثم رفع الامر الى القاضي فان علم بتقدم نكاح الفضولي ومع ذلك قضى بالنكاح بينهما صح وكان قضاء ببطلان اليمين وببطلان نكاح الفضولي وببطلان الثلاث بعده وان لم يعلم بتقدم نكاح الفضولي ينبغي أن يعلم حتى يقصد بقضائه موضعي الاجتهاد ٢٨٠ اليمين المضافة ونكاح الفضولي اه فهذه الامور التي استلزمها الحكم بالنكاح توقف ايقاعها على علمه بها اه قلت لا يخفى ان هذا الرابع في الحقيقة شرط للثالث وهو ان المحكوم به اذا استلزم أمورا اجتهادية يشترط علمه بها ليقصدها بقضائه فليتأمل هذا وفي الفواكه البدرية أيضا ومما يتصل بذلك سؤال صورته حكم حنفي بموجب البيع في عبد بشرط البراءة من كل عيب وبعدم الرد بعيب ظهر مع العلم بالخلاف والحال انهما لم يتخاصما عنه في عيب ظهر بل في التبايع وللقضاة عادة في ذلك فلو خاصم المشتري في ظهور عيب عند القاضي الشافعي هل له الحكم بالرد والحالة هذه أم لا أم يكون حكم الحنفي مانعا له منه والجواب ليس للحنفي الحكم بذلك ولا بعدم الرد بالعيب لعدم الخصومة عنده فيه فللشافعي أن عن يحكم بالرد بالعيب وليست هذه الصورة من القضاء الضمني فانه الذي لا بد منه في القضاء القصدي ومن صورة ما مر من كفالة الغائب وهي حيلة اثبات الدين على الغائب فانه قضاء على الحاضر قصدا وعلى الغائب ضمنا واذا أبرأ الدائن الكفيل بعد القضاء يبرأ ويصير الدين مقضيا به على الكفيل اه ملخصا وتمامه فيه (قوله وبهذا ظهر ان قولهم ان القضاء على الغائب الخ) قال الرملي أقول في جامع الفصولين فيمن غاب عن امرأته وتركها بلا نفقة نقلا عن القنية انه لو قضى بالفرقة بسبب العجز عن النفقة انه ينفذ ثم قال ولا يشترط أن يكون شفعوي المذهب لانه لا خلاف في نفاذ القضاء فقوله لا يشترط يرد حمله هنا ويزول الاشكال بالحمل على اختلاف الروايتين وسيأتي في شرح قوله والا لم يحكم وفي شرح قوله ولا يقضي على غائب مزيد تقرير فيه

لا يكون حكما بأن لا شفعة للجار لعدم حادثة الشفعة وقت الحكم به وهكذا في نظائره كما ذكره العلامة قاسم في فتاواه والموجب بفتح الجيم هو الحكم ومن شرائط الحكم أن يكون بحق كالقضاء بالبينة أو اليمين أو النكول أو علم القاضي بشرطه أو كتاب القاضي الى القاضي بشرطه وباخبار القاضي يجوز لنائبه القضاء وعكسه كما في البزازية ولا يشترط له المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي اذا كانت الدعوى في المنقول والدين وأما اذا كانت في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزازية واياك أن تفهم خلاف ذلك فانه غلط فان قلت هل تقرير القاضي للنفقة حكم منه قلت هو حكم وطلب المرأة التقرير بشرطه دعوى فقد وجد بعد الدعوى والحادثة ويدل عليه ما في نفقات خزانة المفتين واذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول فرضت عليك نفقة امرأتك كذا وكذا في مدة كذا أو يقول قضيت عليك بالنفقة مدة كذا يصح وتجب على الزوج حتى لا تسقط بمضي المدة لان نفقة زمان المستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح اه فان قلت اذا فرض لها نفقة مدة معينة كان قضاء بجميعها فاذا فرض لها نفقة كل يوم أو كل شهر هل يكون قضاء بواحد أو بالكل قلت هو قضاء بالجميع ما دامت في عصمته ولم يمنع مانع بدليل ما في الخزانة فرض كل شهر عشرة دراهم فابرأته من نفقتها ابدا برئ من نفقة الشهر الاول فاذا مضى أشهر فابرأته من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ مما مضى ومن شهر مما يستقبل وتمامه فيها وفي المحكوم عليه وله حضرته أو من يقوم مقامه كوكيل ووصي ومتول على وقف وأحد الورثة أو يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر فالقضاء بلا خصم حاضر غير صحيح وقد صرح بعدم صحته الشارحون عند قولهم لا يقضي على غائب كما سنبينه ان شاء الله تعالى وصرح به في البدائع هنا أنه من شرائط القضاء وبهذا ظهر أن قولهم أن القضاء على الغائب ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا وعليه الفتوى كما في الخلاصة وغيرها محمول على ما اذا كان القاضي شافعيا والا فمشكل وما وقع في بعض الكتب كالقنية من أنه في حق الحنفي أيضا ضعيف وسيأتي بيان اختلاف التصحيح وفي الحاكم العقل والبلوغ والاسلام والحرية والسمع والبصر والنطق والسلامة

عن حد القذف وان يكون مولى للحكم دون سماع الدعوى فقط كما في الخزانة لا المذكورة والاجتهاد وأما في المحكوم به فان يكون معلوما كما في البدائع كما سيأتي في الدعوى وأما في المحكوم له فدعواه الصحيحة وأما طلبه الحكم في حقوق العباد من القاضي بعد وجود الشرائط ففي الخلاصة طلب الحكم ليس بشرط وأن يكون ممن تقبل شهادة القاضي له كما في البدائع وسيزداد الامر وضوحا ان شاء الله تعالى وأما صفته وهو الخامس فواجب عند استجماع شرائطه وانتفاء الريبة ولذا قال في جامع الفصولين القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزل ويعزر اه ويجوز تأخيره لرجاء الصلح بين الاقارب أو لاستمهال المدعى عليه كما في الولوالجية وفي شرح باكير أن القاضي اذا أخر القضاء بعد اقامة البينة يفسق وان أنكره يكفر اه وأما صفة قوله للقضاء فسيأتي أنه فرض وحرام ومباح ومستحب والسادس في طريق ثبوته له وجهان أحدهما اعترافه حيث كان متوليا وسيأتي أنه اذا قال قاض عالم عدل قضيت على هذا بالقطع أو بالقتل وسعك فعله وان لم تعاين سببه وأما اذا كان معزولا فهو كواحد من الرعايا لا يقبل قوله مطلقا الا فيما اذا كان في يده كما سيأتي وفي السراج الوهاج الحاكم اذا حكم بحق ثم قال بعد عزله كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل قوله اه الثاني أن يشهد شاهدان على حكمه بعد دعوى صحيحة ان لم يكن القاضي منكرا قال في البزازية والخلاصة وان أرادوا ان يثبتوا حكم الخليفة عند الاصل فلا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر واقامة البينة كما لو أرادوا اثبات قضاء قاض آخر اه وفي البزازية أيضا شهدا على القاضي أنه قضى في غير مجلس القضاء أو خارج المصر تقبل عنده خلافا لهما اه قيدنا بعدم انكاره لانهما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال لم اقض بشئ لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد كذا في البزازية اه ورجح في جامع الفصولين قول محمد قال وينبغي أن يفتى به لما علم من أحوال قضاة زماننا ثم نقل ان محمدا قال لا يقضي القاضي بعلمه ثم نقل عن عيون المذاهب أن بقوله يفتى وقيد بقوله بعد دعوى صحيحة لانه قبلها افتاء لا حكم كما قدمناه وبه علم أن الاتصالات والتنافيذ الواقعة في زماننا المجردة عن الدعاوى ليست حكما وانما فائدتها تسليم الثاني للاول قضاءه السابع في أحكامه فمنها بالنسبة الى الحكم اللزوم فليس لاحد نقضه حيث كان مجتهدا فيه ومستوفيا شرائطه الشرعية وهل يصح رجوع القاضي عنه ففي الخلاصة والبزازية للقاضي أن يرجع عن قضائه ان كان خطأ رجع ورده وان كان مختلفا فيه امضاه وقضى فيما يأتي على ما هو عنده وان ظهر له نص بخلاف قضائه نقضه ثم ان كان في حقوق العباد كالطلاق والعتاق والقصاص أو ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف ان قال القاضي تعمدت فالضمان في ماله ويعزر للجناية وان أخطأ يضمن الدية وفي الطلاق والعتاق ترد المرأة الى الزوج والرقيق الى المولى وفي حقوقه تعالى كالزنا والشرب اذا حدوا بان الشهود عبيدا وقال تعمدت الحكم يضمن في ماله الدية وفي الخطأ يضمن من بيت المال هذا اذا ظهر الخطأ بالبينة أو باقرار المقضي له أما اذا أقر القاضي بذلك لا يثبت الخطأ كما لو رجع الشاهد عن الشهادة لا يبطل القضاء اه واذا أقر المقضي له ببطلانه بطل الا المقضي بحريته كما في البزازية وبالنسبة الى التولية عدمه وفي الخلاصة والبزازية للسلطان أن يعزل القاضي لريبة أو لغير ريبة اه قلت ولقاضي القضاة عزل نائبه بجنحة وغيرها ومنها أن القضاء اذا فوض لاثنين لا يلي القضاء أحدهما

 حكمه ولا لغيره أن ينقضه ما لم يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع

في شرح قوله واذا رفع اليه حكم حاكم أمضاه اه أي في باب كتاب القاضي الى القاضي (قوله للقاضي أن يرجع عن قضائه الخ) قال الرملي وفي مسائل شتى آخر المتن اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقفت على تلبيس الشهود وأبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة قال ابن وهبان ويفهم التقييد انه اذا كان قضى بعلمه يجوز له الرجوع كان يعترف عنده الآخر بحق ثم غابا ثم جاء اثنان تداعيا عنده فحكم لاحدهما ظانا انه المعترف ثم تبين انه غيره فانه ينبغي له أن لا يمضي حكمه ويؤيده ما في القنية عن أبي حامد قضى في حادثة ثم ظهر له خطؤه يجب عليه أن ينقض قضاءه اه قال وهذا بخلاف ما اذا قضى في مجتهد فيه رأى خلافه ليس له أن يرجع عن (قوله وبالنسبة الى التولية عدمه) معطوف عليه قوله بالنسبة الى الحكم والضمير في عدمه للزوم

فلو شرط أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه وقال الامام ظهير الدين ينبغي أن يجوز لان نائب القاضي نائب عن السلطان حتى لا ينعزل بانعزال القاضي ويملك التفرد كذا في البزازية ومنها صحة تعليقه واضافته وتقييده بزمان ومكان ولو لم يقيده ببلد فالمختار أنه يصير قاضيا ببلده الذي هو فيه لا في كل بلاد السلطان وبهذا في تعليق الولاية وهل يصح تعليق ولاية القضاء قال في نفقات خزانة المفتين امرأة أقامت على رجل بينة بالنكاح فلا نفقة لها في مدة المسئلة عن الشهود ولو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة لما رأى من المصلحة ينبغي أن يقول لها ان كنت امرأته فقد فرضت لك عليه في كل شهر كذا ويشهد على ذلك فاذا مضى شهر وقد استدانت وعدلت البينة أخذت نفقتها منذ فرض لها اه وعلى هذا فقول القاضي حكمت بكذا ان لم يمنع مانع شرعي صحيح ومن أحكامه أنه لو قضى فضولي فاجاز القاضي قضاءه جاز ولو كان مولى في كل أسبوع يومين فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه فان أجازه في نوبته جاز كما في آخر جامع الفصولين كذا في البزازية ولو استثنى حوادث فلان لا يقضي فيها ولو قضى لا ينفذ ومنها أنه لا يملك الاستخلاف الا باذن صريح أو دلالة بان يقول له جعلتك قاضي القضاة ومنها أن القاضي لا يبقى أكثر من سنة كي لا ينسى العلم ومنها أنه يقتصر على المقضي عليه وعلى كل من تلقى الملك منه ولا يتعدى الى الكافة ويتعدى في القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح ولا يتعدى في الوقف على الاصح وقدمناه في باب الاستحقاق من البيوع الثامن فيما يخرج القاضي عن القضاء ففي البزازية أربع خصال اذا حل بالقاضي انعزل فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين واذا عزل السلطان القاضي لا ينعزل مالم يصل اليه الخبر كالوكيل وعن الثاني أنه لا ينعزل مالم يات قاض آخر صيانة للمسلمين عن تعطيل قضاياهم وهذا اذا لم يعلق عزله بشرط كوصول الكتاب ونحوه وان معلقا لا ينعزل مالم يصل اليه الكتاب وان وصل اليه الخبر واذا مات القاضي انعزل خلفاؤه واذا عزل القاضي فالفتوى على أن النائب لا ينعزل بعزله لانه نائب السلطان أو العامة وبعزل نائب القاضي لا ينعزل القاضي ولا ينعزل بموت الخليفة كذا في البزازية وفيها القاضي اذا عزل نفسه وبلغ السلطان عزله ينعزل وكذا اذا كتب به الى السلطان وبلغ الكتاب الى السلطان وقيل لا ينعزل بعزل نفسه لانه نائب عن العامة فلا يملك ابطال حقهم اه وينبغي أن الخصم لو علم بعزله ولم يعلم القاضي أنه لا ينفذ حكمه لعلمه أنه غير حاكم باطنا ولم أره وكذا لم أر ما اذا بلغ النائب عزل قاضي القضاة وينبغي أن لا ينعزل حتى يعلم أصله وكذا لم أر حكم ما اذا بلغ الاصل دون النواب ولم يعلمهم فحكموا وينبغي أن يصح حكمهم وان يستحق الاصل ما عين له على القضاء من بيت المال لمباشرة نوابه وفي البدائع أن القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل الا اذا مات الخليفة أو خلع فانه لا تنعزل قضاته وولاته واذا مات الموكل انعزل وكيله ولا ينعزل باخذ الرشوة والفسق عندنا اه وفي البزازية قلد السلطان رجلا قضاء بلدة ثم بعد أيام قلد القضاء آخر ولم يتعرض لعزل الاول الاظهر والاشبه أنه لا ينعزل اه وفي الولوالجية اذا ارتد القاضي أو فسق ثم صلح فهو على حاله لان المرتد أمره موقوف ولان الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل الا أن ما قضى في حالة الردة باطل بخلاف الحكم اذا ارتد فانه يخرج والفرق مذكور فيها وما قدمناه عن البزازية من أنه ينعزل بفوات الدين يخالفه الا أن يقال بالردة ينعزل عن نفاذ قضائه جمعا بينهما وفي الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة فان الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في احدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج الى تقليد آخر فيه روايتان اه وبه علمت أن ما في الخلاصة على

(قوله أو الدين) سيأتي قريبا عن الولوالجية ما يخالفه مع الجمع بينهما (قوله وينبغي ان الخصم لو علم بعزله الخ) ظاهر ما مر من انه لا ينعزل مالم يصل اليه الخبر انه لا ينعزل ظاهرا ولا باطنا وذلك مناف لما بحثه المؤلف تامل (قوله وبه علمت ان ما في الخلاصة على خلاف المفتى به) الذي تقدم عزوه الى البزازية لا الى الخلاصة

خلاف

خلاف المفتى به وعلمت أن تقلد الكافر صحيح وان لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره وفى الخزانة اذا عمى القاضى ثم أبصر فهو على قضائه اه التاسع فى آدابه وسيأتى العاشر فى محاسنه منها انصاف المظلوم من الظالم وتخليص الحقوق الى أهلها والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وهو من أعظم العبادات وبه أمر كل نبى قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم والحاكم نائب عن الله تعالى فى أرضه ولولاه لفسد العباد والبلاد ومع ذلك فله مساو مذكورة فى شرح أدب القضاء للخصاف للصدر الشهيد (قوله أهله أهل الشهادة) أى أهل القضاء أى من يصح منه أو من تصح توليته له لان كلا منهما يثبت الولاية على الغير الشاهد يلزم الحاكم أن يحكم بشهادته والحاكم الخصم بحكمه فكانا من باب واحد وليس المراد أن القضاء مبنى على الشهادة ليلزم منه بناء القوى على الضعيف وانما المراد انهما يرجعان فى شئ واحد وهو أن يكون حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا الا ان حكمه مبنى على حكمها لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس فعرف أوصافه بأوصافها وتمامه فى النهاية فلا تصح تولية كافر وصبى فلذا قال فى البزازية قلد القضاء لصبى ثم أدرك لا يقضى به ذكره فى المنتقى وفى الاجناس قلد القضاء الكافر ثم أسلم فهو على قضائه ولا يحتاج الى تحديد ثان اه وفيما قبله السلطان أمر عبده بنصب القاضى فى بلدة ونصب يصح بطريق النيابة عن السلطان ولو حكم بنفسه لا يصح ولو جمع بنفسه بعد أمره أو أمر غيره صح الامام أذن لعبده بالقضاء فقضى بعدما عتق جاز ولا يحتاج الى تجديد الاذن كالو تحمل الشهادة فى الرق ثم عتق اه وقدمنا أن شرائط القاضى ثمانية وفى منظومة ابن وهبان وتولية الاطروش الاصح جوازها وفسره الشارح بان يسمع ما قوى من الاصوات والاصم بخلافه وهو من لا يسمع ألبتة وفى القاموس قوم طرش والاطروش الاصم وظاهر كلامهم أن من لا تقبل شهادته لم يصح قضاؤه ولا يرد الفاسق فانه عندنا أهل لهما لان القاضى لو قضى بشهادته صح وان كان يأثم كما سيأتى فعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه عداوة دنيوية كالشهادة وان قلنا بصحته اذا قضى بالبينة أو الاقرار لا بعلمه فهى مستثناة ولا يصح القضاء لمن لا تقبل شهادته له الا فى مسئلة ما اذا ورد عليه كتاب القاضى فانه يقضى له كما فى السراج الوهاج وكتبناه فى فوائد القضاء وسنتكلم عليه ان شاء الله تعالى فى الشهادات ولو ولى السلطان قاضيا مشركا على الكفار فظاهر تعليل الخلاصة الصحة وهو ظاهر لانه أهل للشهادة عليهم وسئلت عن تولية الباشاه بالقاهرة قاضيا الحكم فى حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان فاجبت بعدم الصحة لانه لم يفوض اليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح كما قدمناه (قوله والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة الا أنه لا ينبغى أن يقلد) لما قدمنا أنهما من باب واحد ولا ينبغى تقليده لان القضاء من باب الامانة والفاسق لا يؤتمن فى أمر الدين لقلة مبالاته به كما لا ينبغى قبول شهادته فان قبلها نفذ الحكم بها وفى غير موضع ذكر الاولوية يعنى الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز وفى فتح القدير ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضى بها فان قضى جاز ونفذ اه ومقتضاه الاثم وعلى الاول لا يأثم وظاهر الآية يفيد أنه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله وهى قوله ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد

احدى الروايتين كما مر (قوله وقدمنا ان شرائط القاضى ثمانية) الذى قدمه تسعة وقد نظمها السيد الحموى فقال

شروط القضاء تسع عليك بحفظها
لتحرز سبقا فى طلابك للعلا
بلوغ واسلام وعقل ومنطق
فصيح به فصل الخصومة قد حلا
توليه حكما دون سمع لدعوة
وحرية سمع والابصار قد تلا
وفقدان حد القذف قد شرطوا له
كما قال زين الدين فى البحر مجملا

أهله أهل الشهادة والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة الا انه لا ينبغى أن يقلد

(قوله وفى القاموس قوم طرش الخ) قال الرملى وذكر فى القاموس قبل قوله قوم طرش الطرش أهون الصمم وذكر فى صمم الصمم محركه انسداد الاذنين وثقل السمع (قوله وظاهر كلامهم ان من لا تقبل شهادته لم يصح قضاؤه) هو عكس الكلية المذكورة فى المتن وقال فى النهر وظاهر ان الكلية أعنى من كان أهل الشهادة هو أهل للقضاء مطردة غير منعكسة عكسا لغويا فلا يرد ان من فعل ما يخل بالمروءة فهو أهل للقضاء دون الشهادة ولا ان شهادة العدو على عدوه من حيث الدنيا لا تقبل وقضاؤه عليه صحيح (قوله كما قدمناه)

سراء ولانه طعن الخصم أولا في سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضي أن يأثم بتركه لانه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق وصرح في اصلاح الايضاح بأن من قلد فاسقا يأثم وان قبل القاضي شهادته يأثم واستثنى أبو يوسف من الفاسق اذا شهد أن يكون ذا جاه ومروءة فانه يجب قبول شهادته كما في البزازية فعلى هذا يجوز تقليده القضاء الا أن يكون أبو يوسف فارقا بينهما والفسق لغة الخروج عن الاستقامة كذا في المغرب وشرعا ارتكاب كبيرة أو الاصرار على صغيرة كما في الخزانة والعدالة اجتناب الكبائر والاصرار على صغيرة واجتناب فعل ما يخل بالمروءة كما سيأتي في الشهادات فاذا ارتكب ما يخلها خرج عن كونه عدلا وان لم يصر فاسقا به (قوله ولو كان عدلا ففسق لا ينعزل ويستحق العزل) أي فسق بأخذ الرشوة أو بغيره من الزنا وشرب الخمر وما ذكره المؤلف من صحة تولية الفاسق وعدم عزله لو فسق هو ظاهر المذهب كما في الهداية وهو قول عامة المشايخ وهو الصحيح كما في الخانية وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وفي ايضاح الاصلاح وعليه الفتوى اه وهو غريب ولم أره والمذهب خلافه لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهذا مما كان فيه الابتداء أسهل من البقاء وله نظير مذكور في المعراج لو أبق المأذون يحجر ولو أذن للآبق صح وقيده في الخانية بما في يده عكس السائر على ألسنة الفقهاء وهو أن البقاء أسهل من الابتداء وانما كان كذلك لوجود دليل يقتضيه وهو أن المقلد اعتمد عدالته فيتقيد التقليد بحال عدالته الى آخر ما في النهاية وفي البزازية ولو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اه قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلا خلاف ولا ينعزل بالفسق اه وقوله يستحق العزل معناه يجب على السلطان عزله كذا في البزازية وفي المعراج يحسن عزله اه فقد اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء وفي فتاوى قاضيخان من الردة والسلطان يصير سلطانا بأمرين بالمبايعة معه يعتبر في المبايعة مبايعة أشرافهم وأعيانهم الثاني أن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره وجبروته فان بايع الناس ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا فاذا صار سلطانا بالمبايعة فجار ان كان له قهر وغلبة لا ينعزل لانه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد وان لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اه ومن أول الدعاوى والوالي اذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل اه ولم يذكر المؤلف نفاذ قضائه ولا يلزم من عدم عزله نفاذ قضائه لما في الخانية وأجمعوا على أنه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى اه مع أنه قدم أنه لا ينعزل بالفسق فصار الحاصل أنه اذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه الا في مسألة هي ما اذا فسق بالرشوة فانه لا ينفذ في الحادثة التي أخذ بسببها وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال ببطلانها (قوله واذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) أي بمال دفعه لتوليته لم تصح توليته وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اذ الامام لو قلد برشوة أخذها هو أو قومه وهو عالم به لم يجز تقليده كقضائه برشوة كذا في جامع الفصولين ثم رقم لآخر أن من أخذ القضاء برشوة أو بشفعاء فهو كمحكم لو رفع حكمه الى قاض آخر يمضيه لو وافق رأيه والا أبطله اه وهكذا في الخلاصة من أن الفتوى على عدم نفاذه اذا تولى

ولو كان عدلا ففسق لا ينعزل ويستحق العزل وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا

أقول لم أره فيما مر نعم سيأتي بعد تسعة أوراق (قوله واستثنى أبو يوسف الخ) سيأتي في الشهادات عن الفتح أنه خلاف الأصح (قوله لان المقلد اعتمد عدالته الخ) تعليل لما في الايضاح (قوله وقيده في الخانية بما في يده) فيه ايجاز غير مفهم قال في النهاية وأما على رواية فتاوى قاضيخان انما يصح اذن الآبق في التجارة اذا أذن له في التجارة مع ذلك الرجل الذي كان العبد في يده (قوله ولم يذكر المؤلف نفاذ قضائه) قال في النهر في قوله لا ينعزل ايماء الى ان قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وهذا أحد أقوال ثلاثة والثاني لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه واختاره السرخسي والثالث لا ينفذ فيهما والاول اختاره البزدوي واستحسنه في الفتح لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجاب فسقه وقد فرض انه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه انه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده ومعنى القضاء عمل لله تعالى اه وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع بل يؤثر بملاحظة كونه عملا لنفسه وبهذا يترجح ما اختاره السرخسي وفي الخانية بالرشوة أجمعوا أنه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اه وما ذكره مأخوذ من كلام المؤلف الآتي في القولة الثانية

بالرشوة وأطلقه فشمل ما اذا كان القاضي الدافع أو غيره ليوليه السلطان كما في البزازية قيد بتوليته القضاء لانه لو أخذ الرشوة وقضى فقدمنا عن الخانية الاجماع على أنه لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وهكذا في السراج الوهاج وفي البزازية الفتوى على عدم نفاذه وحكى في فصول العمادى فيه اختلافا فقيل لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهذا اختيار شمس الائمة وقيل لا ينفذ فيهما وقيل ينفذ فيهما وهو ماذكره البزدوي ورجحه في فتح القدير بقوله وهو حسن لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ماوجه به أنه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى اه قلت ليس هذا مرادهم وانما مرادهم أنه قضى لنفسه معنى والقضاء لنفسه باطل وهذا القول أحسن وظهر أن خصوص هذا الفسق مؤثر في عدم النفاذ وفي السراج الوهاج معزيا الى الينابيع قال أبو حنيفة لو قضى القاضي زمانا بين الناس ثم علم أنه مرتش ينبغي للقاضي الذين يختصمون اليه أن يبطل كل قضاياه اه وفي البزازية فان ارتشى وكيل القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان بأمره ورضاه فهو كما لو ارتشى بنفسه وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ماقبض قضى ثم ارتشى أو ارتشى ثم قضى أو ارتشى ولده أو بعض من لا تقبل شهادته له لا لانه لما أخذ المال أو ابنه يكون عاملا لنفسه أو ابنه القاضي المولى أخذ الرشوة ثم بعثه الى شافعي المذهب ليحكم لا يصح لانه عامل لنفسه وان كتب اليه ليسمع الخصومة وأخذ أجرة مثل الكتابة ينفذ لانه ليس برشوة اه والرشوة بكسر الراء وضمها كذا في البناية وفي القاموس انها بالتثليث الجعل وارتشى أخذها واسترشى طلبها وراشاه حاباه وصانعه ورشاه لاينه وأعطاه الرشوة اه وفي المصباح الرشوة بكسر الراء ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد وجمعها رشا مثل سدرة وسدر والضم لغة وجمعها رشى بالضم أيضا ورشوته رشوا من باب قتل أعطيته رشوة فارتشى أي أخذ وأصلها رشا الفرخ اذا مد رأسه الى أمه لتزقه اه وفيه البرطيل بكسر الباء الرشوة وفي المثل البراطيل تنصر الاباطيل كأنه مأخوذ من البرطيل الذي هو المعول لانه يستخرج به ما استتر وفتح الباء عامي لفقد فعليل بالفتح اه وذكر الاقطع أن الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها اه وفي الخانية الرشوة على وجوه أربعة منها ما هو حرام من الجانبين وذلك في موضعين أحدهما اذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على القاضي والآخذ وفي صلح المعراج تجوز المصانعة للاوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى ثم قال من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر وفي وصايا الخانية قالوا بذل المال لاستخلاص حق له على آخر رشوة الثاني اذا دفع الرشوة الى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين سواء كان القضاء بحق أو بغير حق ومنها اذا دفع الرشوة خوفا على نفسه أو ماله فهو حرام على الآخذ غير حرام على الدافع وكذا اذا طمع في ماله فرشاه ببعض المال ومنها اذا دفع الرشوة ليسوى أمره عند السلطان حل له الدفع ولا يحل للآخذ أن يأخذ فان أراد أن يحل للآخذ يستأجر الآخذ يوما الى الليل بما يريد أن يدفع اليه فانه تصح هذه الاجارة ثم المستأجر ان شاء استعمله في هذا العمل وان شاء استعمله في غيره هذا اذا أعطاه الرشوة أولا ليسوى أمره عند السلطان وان طلب منه أن يسوى أمره ولم يذكر له الرشوة وأعطاه بعد ما يسوى اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له أن يأخذ وقال بعضهم يحل وهو الصحيح لانه يريد مجازاة الاحسان فيحل اه ولم أر قسما يحل الاخذ فيه دون الدفع وأما الحلال من الجانبين فهو الاهداء للتودد والمحبة كما

(قوله الذي هو المعول) قال في القاموس والمعول كمنبر الحديدة ينقر بها الجبال (قوله وفي صلح المعراج الى قوله الثاني) كذا وجد في بعض النسخ وفي بعضها كتب قبل قوله الآتي وليس منه ما تأخذه المرأة وهو محله

صرحوا به وليس هو من الرشوة لما علمت وفي القنية قبيل التحري الظلمة تمنع الناس من الاحتطاب من المروج الا بدفع شئ اليهم فالدفع والاخذ حرام لانه رشوة اه وفيها ما يدفعه المتعاشقان رشوة يجب ردها ولا تملك اه فهذا يفيد أن الآخذ لا يملكها وقد صرح به في هبة القنية قال وفي السير الكبير الرشوة لا تملك الى أن قال أبرأه عن الدين ليصلح مهمه عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة ولو أبى الاضطجاع عند امرأته فقال أبرئيني عن المهر فاضطجع معك فابرأته قيل يبرأ لان الابراء للتودد الداعي للجماع وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا بخلاف الابراء في الاول لانه مقصود على اصلاح المهم واصلاح المهم مستحق عليه ديانة و بذل المال فيما هو مستحق عليه حد الرشوة اه وفيها دفع للقاضي أو لغيره سحتا لاصلاح المهم فاصلح ثم ندم يرد ما دفع اليه اه فظاهره أن التوبة من الرشوة برد المال الى صاحبه وان قضى حاجته ٧ وفي صلح المعراج تجوز المصانعة للاوصياء في أموال اليتامى وبه يفتى ثم قال من الرشوة المحرمة على الآخذ دون الدافع ما يأخذه الشاعر وفي وصايا الخانية قالوا بذل المال لاستخلاص حق له على آخر رشوة وليس منه ما تأخذه المرأة لاجل صلحها مع الزوج قال في الخلاصة والبزازية آخر كتاب الصلح وقع بين الزوجين مشاقات فقالت لا أصالحه حتى يعطيني كذا لان لها عليه حقا كالمهر والنفقة اه ومنها ما في مهر البزازية الاخ أبى أن يزوج الاخت الا أن يدفع له كذا فدفع له أن يأخذه منه قائما أو هالكا لانه رشوة وعلى قياس هذا يرجع بالهدية أيضا في المسئلة المتقدمة اذا علم من حاله انه لا يزوجه الا بالهدية والا لا اه ومنها لو أنفق على معتدة الغير ليتزوجها فابت أن تتزوجه ان شرط الرجوع رجع تزوجها أم لا والا لا لكن أنفق على طمع أن يتزوجها اختلف التصحيح في الرجوع وعدمه وقدمناه وتمامه فيها (قوله والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا) وجه الاول انه يحذر النسبة الى الخطأ ووجه الثاني انه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ولم يرجح الشارحون أحدهما وظاهر ما في التحرير انه لا يحل استفتاؤه اتفاقا فانه قال الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين وعلى امتناعه ان ظن عدم أحدهما فان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره اذ الاتفاق على المنع اه فلا أقل من أن يكون ترجيحا لعدم صلاحيته ولذا جزم به في المجمع واختاره في شرحه وقال ان أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الالهية في تحقق الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال الله تعالى واتقوا الله ويعلمكم الله ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بانزال الخذلان عليه فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور اه فشرط المفتي اسلامه وعدالته ولزم منها اشتراط بلوغه وعقله فترد فتوى الفاسق والكافر وغير المكلف اذ لا يقبل خبرهم ويشترط أهلية اجتهاده كما سيأتي ولا حاجة الى اشتراط التيقظ وقوة الضبط كما في الروض للاحتراز عمن غلب عليه الغفلة والسهو لان اشتراط العدالة يغني عنهما وفي شرح الروض وينبغي للامام أن يسأل أهل العلم المشهورين في عصره عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح ويتوعده بالعقوبة بالعود وليكن المفتي متنزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف والاستنباط ولو كان المفتي عبدا أو امرأة أو أعمى أو أخرس بالاشارة وليس هو كالشاهد في رد فتواه لقرابة وجر نفع ودفع ضر وعداوة فهو كالراوي لا كالشاهد وتقبل فتوى من لا يكفر ولا يفسق ببدعة كشهادته اه وفي تلقيح المحبوبي ان الاشارة من المفتي الناطق يعمل بها فلا يختص بالاخرس

٧ (قوله وفي صلح الخ) هكذا وجد بالنسخ مكررا مع السابق وان كانت عبارة المحشي تقضي بانه لا يوجد الا في أحد الموضعين تامل اه مصححه

والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا

(قوله وظاهر ما في التحرير انه لا يحل استفتاؤه اتفاقا) هذا بناء على ما عليه الاصوليون من ان المفتي هو المجتهد كما سياتي في شرح قوله والمفتي ينبغي أن يكون هكذا وهو غير المراد هنا بل المراد به هنا المقلد الذي ينقل الحكم عن غيره (قوله ان ظن عدم أحدهما) أي الاجتهاد أو العدالة فضلا عن عدمهما جميعا كذا في شرح ابن أمير حاج

وفى القنية رامزا لعين الائمة المكى أشار المفتى برأسه مكان قوله نعم فللمستفتى أن يعمل به ورمز للنوازل عن أبى القاسم مثله و رمز لظهير الدين المرغينانى لا لان اشارة الناطق لا تعتبر اه وسيأتى انه ينبغى أن يكون المفتى كالقاضى فى أوصاف الكمال وفى الظهيرية ولا باس للقاضى أن يفتى من لم يخاصم اليه ولا يفتى أحد الخصمين فيما خوصم اليه اه (قوله ولا ينبغى أن يكون القاضى فظا غليظا جبارا عنيدا) لان المقصود منه وهو ايصال الحقوق الى أهلها لا يحصل به وفى المصباح رجل فظ شديد غليظ القلب يقال منه فظ يفظ من باب تعب فظاظة اذا غلظ حتى يهاب فى غير موضعه وغلظ الرجل اشتد فهو غليظ وفيه غلظة أى غير لين ولا سلس واغلظ له فى القول اغلاظا عنفه اه والجبار فى الخلق الحامل غيره على الشئ قهرا وغلبة وفى أسمائه تعالى الذى جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه والعنيد من عاند فلان عنادا من باب قاتل اذا ركب الخلاف والعصيان وعانده معاندة عارضه وفعل مثل فعله قال الازهرى المعاند المعارض بالخلاف لا بالوفاق وقد يكون مباراة بغير خلاف اه وفسره فى المغرب بمن يظهر له الحق فيأباه وذكر مسكين ان الفظ هو الجافى سئ الخلق والغليظ قاسى القلب والجبار من جبره على الامر بمعنى أجبره أى لا يجبر غيره على ما لا يريد والعنيد المعاند المجانب للحق المعادى لاهله (قوله و ينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه) ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى وينبغى للسلطان أن يتفحص فى ذلك و يولى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله و رسوله وجماعة المسلمين والموثوق به من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا ائتمنته وهو وهى وهم ثقة لانه مصدر وقد يجمع فى الذكور والاناث فيقال ثقات والعفاف بالفتح من عف عن الشئ يعف من باب ضرب عفة بالكسر امتنع عنه فهو عفيف كذا فى المصباح وفسره الكرمانى شارح البخارى بالكف عن المحارم وخوارم المروءة والعقل على قول الاكثر كما فى التحرير قوة بها ادراك الكليات للنفس اه والمراد بالوثوق به فى عقله أن يكون كاملا فلا يولى الاحمق وهو ناقص العقل قال فى المستطرف الحمق الخفة غريزة لا تنفع فيها الحيلة وهى داء دواؤه الموت وفى الحديث الاحمق أبغض الخلق الى الله تعالى اذ حرمه أعز الاشياء عليه وهو العقل ويستدل على صفته من حيث الصورة بطول اللحية لان مخرجها من الدماغ فمن أفرط طول لحيته قل دماغه ومن قل دماغه قل عقله ومن قل عقله فهو أخف وأما صفته من حيث الافعال فترك نظره فى العواقب وثقته بمن لا يعرفه والعجب وكثرة الكلام وسرعة الجواب وكثرة الالتفات والخلو من العلم والعجلة والخفة والسفه والظلم والغفلة والسهو والخيلاء ان استغنى بطر وان افتقر قنط وان قال فحش وان سئل بخل وان سأل ألح وان قال لم يحسن وان قيل له لم يفقه وان ضحك قهقه وان بكى صرخ واذا اعتبرنا هذه الخصال وجدناها فى كثير من الناس فلا يكاد يعرف العاقل من الاحمق قال عيسى عليه السلام عالجت الاكمه والابرص فأبرأتهما وعالجت الاحمق فلم يبرأ اه وأما الصلاح فهو لغة خلاف الفساد كما فى المصباح وذكر الكرمانى انه لفظ جامع لكل خير ولذا وصف الانبياء عليهم الصلاة والسلام نبينا صلى الله عليه وسلم به ليلة الاسراء فقال كل من لقيه فى السموات مرحبا بالنبى الصالح ولو كان هنالك وصف أجمع منه للخير لوصفوه به اه وفى أوقاف الخصاف الصالح من كان مستور اليس بمهتوك ولا صاحب ريبة وكان مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الاذى قليل السوء ليس

ولا ينبغى أن يكون القاضى فظا غليظا جبارا عنيدا و ينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه

بعاقر للتمييز ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفا بالكذب فهذا عندنا من أهل الصلاح اه والفهم لغة كما في المصباح العلم والعنف عدم الرفق والضعف العجز عن احتمال الشئ وفي فتح القدير قبيل الحبس ويستحب أن يكون في القاضي عبسة بلا غضب وان يلتزم التواضع من غير وهن ولا ضعف والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند أمر يعاينه والمراد بوجوه الفقه طرقه وقدمنا تعريفه أول الكتاب وذكر مسكين هنا ان الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب وسنة واجماع ومقتضياتها واشاراتها (قوله والاجتهاد شرط الاولوية) وهو لغة بذل الطاقة في تحصيل ذي كلفة واصطلاحا ذلك من الفقه في تحصيل حكم شرعي ظني كما في التحرير واختلفوا في المجتهد فقيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما من العام والخاص والمشترك والمؤول والنص والظاهر والناسخ والمنسوخ ومعرفة الاجماع والقياس ولا يشترط حفظه لجميع القرآن ولا لبعضه عن ظهر القلب بل يكفي أن يعرف مظان أحكامها في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة ولا يشترط التبحر في هذه العلوم ولا بد له من معرفة لسان العرب لغة واعرابا وأما الاعتقاد فيكفيه اعتقاد جازم ولا يشترط معرفتها على طريق المتكلمين وأدلتهم لانها صناعة لهم ويدخل في السنة أقوال الصحابة فلا بد من معرفتها لانه قد يقيس مع وجود قول الصحابي ولا بد له من معرفة عرف الناس وهو معنى قولهم لا بد أن يكون صاحب قريحة وفي القاموس والقريحة أول ما يستنبط من القرح كالبئر وأول كل شئ ومنك طبعك والاقتراح ارتجال الكلام واستنباط الشئ من غير سماع والاجتباء والاختيار وابتداع الشئ والتحكم اه وفي مناقب الامام محمد للكردري كان محمد يذهب الى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما يديرونها فيما بينهم وكان الكسائي يختلف الى محمد فقال له يوما ما أكثر ما تقولون وعلى هذا معاني كلم الناس ما أنتم وهذا القول لا يعرفه الا الحذاق من أهل هذه الصناعة فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده ولا يقلد أحدا وقوله شرط الاولوية يفيد أن تولية الجاهل صحيحة عندنا لان المقصود من القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره وفي البزازية من كتاب الايمان قبيل الثالث والعشرين المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر الى أن قال دل ان الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضا فلا بد من كون القاضي الحاكم في الدماء والفروج عالما دينا كالكبريت الاحمر وأين الكبريت الاحمر وأين الدين والعلم اه وذكر يعقوب باشا ويعلم من الدليل أن المراد من الجاهل من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء كما لا يخفى مع أن المراد منه المقلد بقرينة جعل الاجتهاد شرط الاولوية اه وهكذا في ايضاح الاصلاح وجوز في العناية أن يراد بالجاهل المقلد لكونه ذكر في مقابلة المجتهد وان يراد من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام لقوله في دليل الشافعي ولا قدرة بدون العلم ولم يقل بدون الاجتهاد اه وأما معناه لغة واصطلاحا فقد قدمناهما وأما حكمه فهو غلبة الظن بالحكم مع احتمال الخطا ورأيت في حجج الدلائل ان الظن الغالب غير غلبة الظن لتغير الثاني دون الاول وقد يقال المقلد أيضا يعمل بفتوى غيره ولو أخذها من الكتب وحاصل شرائط المجتهد على ما في التلويح والتحرير الاسلام والبلوغ والعقل وكونه فقيه النفس بمعنى شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة والعربية أي الصرف والنحو والمعاني والبيان والاصول وكونه حاويا بالعلم كتاب الله

والاجتهاد شرط الاولوية

(قوله وذكر يعقوب باشا) أي في حاشيته على صدر الشريعة وعبارته وعند الشافعي لا يصح تقليد الفاسق والجاهل ودليله على عدم صحة تقليد الجاهل ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ودليلنا على صحته انه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القاضي يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه كذا في الهداية ويعلم من هذا الخ وفي الفواكه البدرية لابن الغرس ما ملخصه ليس مرادهم بالجاهل العامي المحض بل لا بد من تأهل العلم والفهم وأقله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الاحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الايراد والاصدار في الوقائع مع الدعاوي والحجج ويدل على ذلك قولهم العالم

اذا تعين للقضاء وجب عليه قبوله واذا تركه أثم ومالم يتعين فالترك أفضل واذا كان الجاهل أهلا للقضاء فمتى يتعين قال فى النهر وأقول
وجود الجاهل لايمنع من تعينه وذلك انه اذا لم يوجد غيره ولم يقبل أثم وان وجد جاهل تصح توليته (قوله ثم حقيقة الانتقال انما
يتحقق الخ) قال الرملى قال فى تصحيح القدورى وقال الاصوليون أجمع لايصح الرجوع عن التقليد بعد العمل بالاتفاق وهو المختار
فى المذهب وقال الامام أبو الحسن الخطيب فى كتاب الفتاوى والمفتى على مذهب اذا أفتى بكون الشئ كذا على مذهب امام ليس
له أن يقلد غيره و يفتى بخلافه لانه محض تشه وقال أيضا انه بالتزامه مذهب امام يكلف به مالم يظهر له غيره والمقلد
لايظهر له اه قلت وفى التحرير لابن الهمام مسئلة لايرجع فيما قلد فيه أى عمل به اتفاقا وهل يقلد غيره فى غيره المختار نعم للقطع بانهم كانوا يستفتون مرة واحدا ومرة غيره غير ملتزمين مفتيا واحدا فلو التزم مذهبا معينا كابى حنيفة والشافعى فهل يلزمه الاستمرار عليه فقيل نعم

والمفتى ينبغى أن يكون هكذا

وقيل لا وقيل ان لم يلتزم ان عمل بحكم تقليدا لايرجع عنه وفى غيره له تقليد غيره وهو الغالب على الظن لعدم ما يوجبه شرعا ويتخرج منه جواز اتباعه الرخص ولايمنع منه مانع شرعى اذ للانسان أن يسلك الاخف عليه اذا كان له اليه سبيل بان لم يكن عمل بآخر فيه اه

 وللشيخ حسن الشرنبلالى رسالة سماها العقد الفريد فى جواز التقليد ذكر فيها ما حاصله ان
دعوى الاتفاق على عدم الرجوع فيما قلد فيه ذكرها الآمدى وابن الحاجب وتبعهما فى جمع الجوامع وغيره وذكر العلامة ابن
أبى شريف ان فى كلام غيرهما ما يشعر باثبات الخلاف بعد العمل فله التقليد بعده بقول غيره وذكر مثله عن الزركشى العلامة
ابن أمير حاج والسيد بادشاه فى شرحهما على التحرير أى فيجوز اتباع القائل بالجواز وأيضا القول بالمنع ليس على اطلاقه لانه
محمول على ما اذا بقى من آثار الفعل السابق أثر يؤدى الى تلفيق العمل بشئ مركب من مذهبين كتقليد الشافعى فى مسح بعض

تعالى مما يتعلق بالاحكام وكونه عالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا ولا يشترط فيه
بعد صحة العقيدة علم الكلام ولا تفاريع الفقه ولا الذكورة والحرية ولا العدالة فللفاسق
الاجتهاد ليعمل بنفسه وأما غيره فلا يعمل به و يشترط كونه عالما بوجوه القياس وفى الحقيقة
اشتراط علمه بالاصول يغنى عنه ولابد من معرفة الاجماع ومواقعه ومن معرفة عادات
الناس فالحاصل ان الشرائط أربعة عشر شرطا وأما ركنه فالمجتهد وهو ما قدمناه والمجتهد فيه
وهو حكم شرعى ظنى عليه دليل (قوله والمفتى ينبغى أن يكون هكذا) أى موثوقا به فى دينه
وعفافه الى آخره وأن يكون مجتهدا قال فى فتح القدير واعلم ان ما ذكر فى القاضى ذكر فى المفتى فلا
يفتى الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على ان المفتى هو المجتهد فأما غير المجتهد ممن يحفظ
أقوال المجتهد فليس مفتيا والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كابى حنيفة على جهة
الحكاية فعرف أن ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتى
ليأخذ به المستفتى وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له سند فيه أو يأخذه من
كتاب معروف تداولته الايدى نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين
لانه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور هكذا ذكر الرازى فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر فى زماننا
لايحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى أبى يوسف لانها لم تشتهر فى عصرنا فى ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد
النقل عن النوادر مثلا فى كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك
الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح
لايقطع بقول منها يفتى به بل يحكيها للمستفتى فيختار المستفتى ما يقع فى قلبه انه الاصوب ذكره فى بعض
الجوامع وعندى لايجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكى قولا منها فان المقلد له أن يقلد أى
مجتهد شاء فاذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول
قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع فى قلبه انه أصوب أولى والا فالعامى لا عبرة
بما يقع فى قلبه من صواب الحكم وخطائه وعلى هذا اذا استفتى فقيهين أعنى مجتهدين فاختلفا عليه
الاولى بان يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندى انه لو أخذ بقول الذى لايميل اليه قلبه جاز لان ذلك
الميل وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل
من مذهب الى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى ولابد أن
يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرى وتحكيم القلب لان العامى ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما

الرأس والامام مالك في طهارة الكتاب في صلاة واحدة كذا ذكر العلامتان ابن حجر والرملي في شرحيهما على المنهاج وفي كلام ابن الهمام ما يفيد ذلك في غير

هذا المحل أو المراد بمنع المرجوع فيما قلد فيه اتفاقا الرجوع في خصوص العين لا خصوص تحقق في حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى به من المسائل والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به كأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالتزام نفسه ذلك قولا أو نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه بقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به والغالب ان مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا أخذ العامي في كل مسئلة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته الى هنا ما في فتح القدير ولم يبسط أصحابنا الكلام على المفتي والمستفتي في المتون والشروح وانما ذكر أصحاب الفتاوى بعض مسائلهما وقد بسط الكلام عليهما في الروض في كتاب القضاء فأحببت نقله لان قواعدنا لا تأباه ثم أنبه بعده على نقل البعض لمذهبنا والله تعالى أعلم قال

(فصل في المفتي) فان لم يكن غيره تعين عليه وان كان غيره فهو فرض كفاية ومع هذا لا يحل التسارع الى ما لا يتحقق ويشترط اسلام المفتي وعدالته فترد فتوى الفاسق ويعمل لنفسه باجتهاده ويشترط تيقظه وقوة ضبطه وأهلية اجتهاده فمن عرف مسئلة أو مسئلتين أو مسائل بأدلتها لم تجز فتواه بها ولا تقليده وكذا من لم يكن مجتهدا ولو مات المجتهد لم تبطل فتواه بل يؤخذ بقوله فعلى هذا من عرف مذهب مجتهد وتبحر فيه جاز أن يفتي بقول ذلك المجتهد وليضف الى المذهب ان لم يعلم أنه يفتي عليه ولا يجوز لغير المتبحر الا في مسائل معلومة من المذهب (فرع) ليس لمجتهد تقليد مجتهد ولو حدثت واقعة قد اجتهد فيها وجب اعادته ان نسي الدليل أو تجدد مشكل (فرع) المنتسبون الى مذهب امام اما عوام فتقليدهم مفرع على تقليد الميت فقد مر واما مجتهدون فلا يقلدون فان وافق اجتهاده اجتهادهم فلا بأس وان خالفه أحيانا ومن لم يبلغ رتبة الاجتهاد بل وقف على أصول امامه وتمكن من قياس ما لم ينص عليه على المنصوص فليس بمقلد في نفسه بل هو واسطة فان نص صاحب المذهب على الحكم والعلة ألحق بها غير المنصوص ولو نص على الحكم فقط فله أن يستنبط العلة ويقيس وليقل هذا قياس مذهبه لا قوله وان اختلف نص امامه في مشتبهين فله التخريج من أحدهما الى الاخرى (فرع) للمفتي أن يغلظ للزجر متأولا كما اذا سأله من له عبد عن قتله وخشي أن يقتله جاز أن يقول ان قتلته قتلناك متأولا لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل عبده قتلناه وهذا اذا لم يترتب على اطلاقه مفسدة واختلاف المفتين كالمجتهدين والله تعالى أعلم

(فصل في المستفتي) يجب أن يستفتي من عرف علمه وعدالته ولو باخبار ثقة عارف أو باستفاضة والا بحث عن ذلك فلو خفيت عدالته الباطنة اكتفى بالعدالة الظاهرة ويعمل بفتوى عالم مع وجود أعلم جهله فان اختلفا ولا نص قدم الاعلم وكذا اذا اعتقد أحدهما أعلم أو أورع ويقدم الاعلم على الاورع

الجنس وذلك بنقض ما فعله مقلدا في فعله اماما لانه لا يملك ابطاله بامضائه كما لو قضى به فلو صلى ظهرا بمسح ربع الرأس ليس له ابطالها باعتقاده لزوم مسح الكل وأما لو صلى يوما على مذهب وأراد أن يصلي يوما آخر على غيره فلا يمنع منه اه وقد بسط الكلام فيها فراجعه وما ذكره المحقق من جواز تتبع الرخص رده ابن حجر وزعم انه مخالف للاجماع وانتصر له العلامة خير الدين في حاشيته هنا بكلام طويل ومنع دعوى الاجماع فراجعه ويؤيد منعه ما في شرح ابن أمير حاج بعد نقله الاجماع عن ابن عبد البر حيث قال ان صح احتاج الى جواب ويمكن أن يقال لا نسلم صحة دعوى الاجماع اذ في تفسيق المتتبع للرخص عن أحمد روايتان وحمل القاضي أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد وذكر بعض الحنابلة ان قوي دليل أو كان عاميا لا يفسق وفي روضة النووي وأصلها عن حكاية الحناطي وغيره عن ابن أبي هريرة انه لا يفسق به ثم لعله محمول على نحو ما يجتمع له من ذلك ما لم يقل بمجموعه مجتهد كما أشار اليه المصنف اه وسيذكر المؤلف عن الشارح انه في فسقه وجهين أوجههما عدمه والله سبحانه أعلم (قوله بقول مجتهد قوله أخف) قال الرملي الجملة من المبتدا والخبر نعت لمجتهد

الاورع ولو أجيب فى واقعة لا تتكرر ثم حدثت لزم اعادة السؤال ان لم يعلم استناد الجواب الى نص أو اجماع وان لم تطمئن نفسه الى جواب المفتى استحب سؤال غيره ولا يجب ويكفى المستفتى بعث رقعة أو رسول ثقة ومن الادب أن لا يسأل والمفتى قائم أو مشغول بما يمنع تمام الفكر وأن لا يقول بجوابه هكذا قلت أنا ولا يطالبه بدليل فان أراده فوقت آخر وليبين موضع السؤال وينقط المشتبه فى الرقعة ويتأملها الاسيما آخرها ويتثبت ولا يقدح الاسراع مع التحقيق وان يشاور فيما يحسن اظهاره من حضر متأهلا وان يصلح لحنا فاحشا وليشغل بياضا بخط كيلا يلحق بشئ ويبين خطه بقلم بين قلمين ولا باس بكتبه الدليل لا السؤال ولا يكتب خلف من لا يصلح وله أن يضرب عليه ان أمن فتنة وان سخط المالك وينهى المستفتى عن ذلك وليس له حبس الرقعة وينبغى للامام أن يبحث عن أهل العلم عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح وليكن المفتى متنزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف ولو عبدا أو امرأة أو أخرس تفهم اشارته وليس هو كالشاهد فى رد فتواه لقرابة وجر نفع وتقبل فتوى من لا يكفر ولا يفسق ببدعة كشهادته ويفتى ولو كان قاضيا وفى اشتراط معرفة الحساب لتصحيح مسائله وجهان ويشترط أن يحفظ مذهب امامه ويعرف قواعده وأساليبه وليس للاصولى الماهر وكذا البحاث فى الخلاف من أئمة الفقه وفحول المناظرين أن يفتى فى الفروع الشرعية ولا يجب افتاء فيما لا يقع ويحرم التساهل فى الفتوى واتباع الحيل ان فسدت الاغراض وسؤال من عرف بذلك ولا يفتى فى حال تغير اخلاقه وخروجه عن الاعتدال ولو لفرح ومدافعة أخبثين فان أفتى معتقدا ان ذلك لم يمنعه عن درك الصواب صحت فتواه وان خاطر والاولى أن يتبرع بالفتوى فان أخذ رزقا من بيت المال جاز الا ان تعينت عليه وله كفاية ولا يأخذ أجرة من مستفت فان جعل له أهل البلد رزقا جاز وان استؤجر جاز والاولى كونها باجرة مثل كتبه مع كراهة وله قبول هدية لا رشوة على فتوى لما يريد وعلى الامام أن يفرض لمدرس ومفت كفايته ولكل أهل بلد اصطلاح فى اللفظ فلا يجوز أن يفتى أهل بلد بما يتعلق باللفظ من لا يعرف اصطلاحهم وليس له العمل والفتوى باحد القولين أو الوجهين من غير تعويل بل عليه فى القولين أن يعمل بالمتاخر ان علمه والا فبالذى رجحه الشافعى والا لزمه البحث عنه وان كان أهلا اشتغل به متعرفا لذلك من القواعد والمأخذ والا تلقاه من نقلة المذهب فان عدم الترجيح توقف وحكم الوجهين كالقولين لكن لا عبرة بالمتاخر الا اذا وقعا من شخص فان اختلفوا فى الارجح ولم يكن أهلا للترجيح اعتمد ما صححه الاكثر والاعلم والا توقف والعمل بالجديد من قولى الشافعى الا فى نحو ثلاثين مسئلة وان كان فى الرقعة مسائل رتب الاجوبة على ترتيبها ويكره أن يقتصر على فيه قولان اذ لا يفيد ولا يطلق حيث التفصيل فهو خطأ ويجيب على ما فى الرقعة لا على ما يعلمه وان أراده قال ان أراد كذا فجوابه كذا ويجيب الاول فى الناحية اليسرى وان شاء غيرها الا قبل البسملة وليكتب الحمد لله وليختم بقوله والله أعلم ولا يقبح أن يقول فى الجواب عندنا وان تعلقت بالسلطان دعا له فقال وعلى السلطان سدده الله أو شد ازاره ويكره أطال الله بقاءه ويختصر جوابه ويوضح عبارته وان سئل عن تكلم بكفر متأول قال يسئل ان أراد كذا فلا شئ عليه وان أراد كذا فيستتاب فان تاب قبلت توبته والا قتل وان سئل عمن قتل أو جرح احتاط وذكر شروط القصاص ويبين قدر التعزير ويكتب على الملصق من الورقة وان ضاقت كتب فى الظهر والحاشية أولى لا ورقة أخرى ويشافهه بما عليه بل ان اقتضاهما السؤال لم يقتصر على أحدهما ولا يلقنه على خصمه فان وجب الافتاء قدم السابق بفتوى

(قوله ويكره أن يقتصر على فيه قولان) أى على قوله فى الجواب فيه قولان

ثم أقرع نعم يجب تقديم نساء ومسافرين تهيؤا أو تضرروا بالتخلف الا ان ظهر تضرر غيرهم بكثرتهم وان سئل عن الاخوة فصل في جوابه ابن الابوين أولاب أولام وان كان في الفريضة عول قال الثمن عائلا وان كان في الورثة من يسقط بحال دون حال بينه ويكتب تحت الفتوى الصحيحة ان عرف أنها لاهل الجواب صحيح ونحوه وله أن يجيب ان رأى ذلك ويختصر وان جهل حاله يبحث عن حاله فان لم يظهر له فله أمره بابدالها فان تعسر أجاب بلسانه وان عدم المفتي في بلده وغيرها ولا من ينقل له حكمها فلا يؤاخذ صاحب الواقعة بشئ يصنعه اذ لا تكليف ﴿فرع﴾ أفتاه ثم رجع قبل العمل كف عنه وكذا اذا نكح امرأة بفتواه ثم رجع لزمه فراقها كما في القبلة وان رجع بعد العمل وقد خالف دليلا قاطعا نقضه والا فلا وان كان المفتي يقلد الامام فنص امامه وان كان اجتهاديا في حقه كالدليل القطعي وعلى المفتي اعلامه برجوعه قبل العمل وكذا بعده ان وجب النقض وان أتلف بفتواه لا يغرم ولو كان أهلا اه والله تعالى أعلم

﴿فصل يجوز تقليد من شاء من المجتهدين﴾ وان دونت المذاهب كاليوم وله الانتقال من مذهبه لكن لا يتتبع الرخص فان تتبعها من المذاهب فهل يفسق وجهان اه قال الشارح أوجههما لا والله سبحانه أعلم وقد عقد في أول التتارخانية فصلين في الفتوى حاصل الاول ان أبا يوسف قال لا تحل الفتوى الا للمجتهد ومحمد جوزها اذا كان صواب الرجل أكثر من خطائه وعن الاسكاف أن الاعلم بالبلد لا يسعه تركها واختلفوا في الافتاء ماشيا جوزه البعض ومنعه آخرون واختار الاسكاف أن يفتي ان كان شيأ ظاهرا والا لا وكان ابن سلام اذا الح عليه المستفتي وقال جئت من مكان بعيد يقول فلا نحن ناديناك من حيث جئتنا * ولا نحن عمينا عليك المذاهبا ولكن اختار الفقيه أبو الليث أنه لا يقول له ذلك أول مرة فان الح أجابه بذلك وحاصل الثاني أن اختلاف أئمة الهدى توسعة على الناس فان كان الامام في جانب وهما في جانب خير المفتي وان كان أحدهما مع الامام أخذ بقولهما الا اذا اصطلح المشايخ على قول الآخر فيتبعهم كما اختار الفقيه أبو الليث قول زفر في مسائل وان اختلف المتاخرون أخذ بقول واحد فلو لم يجد من المتاخرين مجتهدا برأيه اذا كان يعرف وجوه الفقه ويشاور أهله ولا يجوز له الافتاء بالقول المهجور لجر منفعة ولا يرجو عليه دنيا ورد مفت زرا على خياط مستفت وقلعه من ثوبه تحرزا عن شبهة الرشوة ومن شرائطها حفظه الترتيب والعدل بين المستفتين لا يميل الى الاغنياء وأعوان السلطان والامراء بل يكتب جواب السابق غنيا كان أو فقيرا ومن آدابه أن يأخذ الورقة بالحرمة ويقرأ المسئلة بالبصيرة مرة بعد مرة حتى يتضح له السؤال ثم يجيب واذا لم يتضح السؤال سال من المستفتي ولا يرمي بالكاغد الى الارض وهو لا يجوز وكان بعضهم لا يأخذ الرقعة من يد امرأة ولا صبي وكان له تلميذ يأخذ منهم ويجمعها ويرفعها فيكتبها تعظيما للعلم والاحسن أخذ المفتي من كل أحد تواضعا ويجوز للشاب الفتوى اذا كان حافظا للروايات واقفا على الدرايات محافظا على الطاعات مجانبا للشهوات والشبهات والعالم كبير وان كان صغيرا والجاهل صغير وان كان كبيرا وصحح في السراجية أن المفتي يفتي بقول أبي حنيفة على الاطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد ولا يخير اذا لم يكن مجتهدا واذا اختلف مفتيان يتبع قول الافقه منهما بعد أن يكون أورعهما وينبغي أن يكتب عقب جوابه والله أعلم أو نحوه وقيل في العقائد يكتب والله الموفق ونحوه وكره بعضهم الافتاء والصحيح عدم الكراهة للاهل ولا ينبغي الافتاء الا لمن عرف أقاويل العلماء وعرف من أين قالوا فان كان في المسئلة خلاف لا يختار قولا

فصل في التقليد

يجيب

(قوله نقلوا عن أصحابنا انه لا يحل لاحد الخ) قال الرملي هذا مروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وكلامه هنا موهم ان ذلك مروي عن المشايخ كما هو ظاهر من سياقه (قوله بل يجب الافتاء وان لم يعلم من أين قال) اعترضه المحشي الرملي فقال هذا مضاد لقوله لا يحل لاحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا اذ هو صريح في عدم جواز الافتاء لغير أهل الاجتهاد فكيف يستدل به على وجوبه فنقول ما يصدر من غير الاهل ليس بافتاء حقيقة وانما هو حكاية عن المجتهد انه قائل بكذا وباعتبار هذا الملحظ تجوز حكاية قول غير الامام فكيف يجب علينا الافتاء بقول الامام وان أفتى المشايخ بخلافه ونحوه انما نحكي فتواهم لا غير فليتأمل اه قلت ويشهد له ما في التتارخانية قال صاحب الاقضية أبو جعفر بعد ما بين أهلية القضاء ولا ينبغي لاحد أن يقضي بالناس الا من كان هكذا يريد به ان المفتي ينبغي أن يكون عدلا عالما بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي قال الا أن يفتي بشئ قد سمعه فانه يجوز وان لم يكن عالما بالكتاب والسنة لانه حاك ما سمع من غيره فهو بمنزلة الراوي في باب الاحاديث فيشترط فيه ما يشترط في الراوي من النقل والضبط والعدالة وفي الظهيرية روي عن أبي حنيفة انه قال لا يحل لاحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا وان لم يكن أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتي الا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء اه فقوله فيحكي ما يحفظ الخ باطلاقه يفيد عدم وجوب التزام حكاية مذهب الامام نعم ما ذكره المؤلف يظهر بناء على القول بان ٢٩٣ من التزم مذهب الامام لا يحل له تقليد غيره في غير ما عمل به وقد علمت ما قدمناه عن التحرير انه خلاف المختار وأنت ترى أصحاب المتون المعتمدة قد يمشون على غير مذهب الامام واذا أفتى المشايخ بخلاف قوله لفقد الدليل في حقهم فنحن نتبعهم اذ هم أعلم وكيف يقال يجب علينا الافتاء بقول الامام لفقد الشرط وقد أقررنا انه قد فقد الشرط أيضا في حق المشايخ فهل تراهم ارتكبوا منكرا والحاصل ان الانصاف الذي يقبله الطبع السليم ان المفتي في زماننا ينقل ما اختاره المشايخ وهو الذي مشى عليه العلامة ابن الشلبي في فتاواه حيث قال الاصل ان العمل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولذا ترجح المشايخ دليله في الاغلب على دليل من خالفه من أصحابه ويجيبون عما استدل به مخالفه وهذا أمارة العمل بقوله وان لم يصرحوا بالفتوى عليه اذ الترجيح كصريح التصحيح لان المرجوح طائح بمقابلته بالراجح وحينئذ فلا يعدل المفتي ولا القاضي عن قوله الا اذا صرح أحد من المشايخ بان الفتوى على قول غيره فليس للقاضي أن يحكم بقول غير أبي حنيفة في مسئلة لم يرجح فيها قول غيره ورجحوا فيها دليل أبي حنيفة على دليله فان حكم فيها فحكمه غير ماض ليس له غير الانتقاض والله تعالى أعلم وهو الذي مشى عليه الشيخ علاء الدين الحصكفي أيضا في صدر شرحه على التنوير حيث قال وأما نحن فعلينا اتباع ما رجحوه وما صححوه كما لو أفتوا في حياتهم فان قلت قد يحكون أقوالا بلا ترجيح وقد يختلفون في التصحيح قلت يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار تغير العرف وأحوال الناس وما هو الارفق وما ظهر عليه التعامل وما قوي وجهه ولا يخلو الوجود ممن يميز هذا حقيقة لا ظنا وعلى من لم يميز أن يرجع لمن يميز لبراءة ذمته اه والله تعالى أعلم

(قوله لكن هو أهل للنظر) الاستدراك بالنظر الى قوله لا يعدل عن قوله الا لضعف دليله يعني ان مثل المحقق له أن يقول ذلك لانه أهل للنظر في الدليل وأما مثلنا فلا يجوز له العدول عن قول الامام أصلا

يجب به حتى يعرف حجته وينبغي السؤال من أفقه أهل زمانه فان اختلفوا تحرى اه وصحح في الحاوي القدسي أن الامام اذا كان في جانب وهما في جانب فالاصح أن الاعتبار لقوة المدرك فان قلت كيف جاز للمشايخ الافتاء بغير قول الامام الاعظم مع أنهم مقلدون قلت قد أشكل علي ذلك مدة طويلة ولم أر فيه جوابا الا ما فهمته الآن من كلامهم وهو أنهم نقلوا عن أصحابنا أنه لا يحل لاحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا حتى نقل في السراجية أن هذا سبب مخالفة عصام للامام وكان يفتي بخلاف قوله كثيرا لانه لم يعلم الدليل وكان يظهر له دليل غيره فيفتي به فاقول ان هذا الشرط كان في زمانهم أما في زماننا فيكتفى بالحفظ كما في القنية وغيرها فيحل الافتاء بقول الامام بل يجب وان لم نعلم من أين قال وعلى هذا فما صححه في الحاوي مبني على ذلك الشرط وقد صححوا أن الافتاء بقول الامام فينتج من هذا أنه يجب علينا الافتاء بقول الامام وان أفتى المشايخ بخلافه لانهم انما أفتوا بخلافه لفقد شرطه في حقهم وهو الوقوف على دليله وأما نحن فلنا الافتاء وان لم نقف على دليله وقد وقع للمحقق ابن الهمام في مواضع الرد على المشايخ في الافتاء بقولهما بانه لا يعدل عن قوله الا لضعف دليله وهو قوي في وقت العشاء لكونه الاحوط وفي تكبير التشريق في آخر وقته الى آخر ما ذكره في فتح القدير لكن هو أهل للنظر في الدليل ومن ليس باهل للنظر فيه فعليه

وكره التقليد لمن خاف الحيف وان أمنه لا

الافتاء بقول الامام والمراد بالاهلية هنا أن يكون عارفا مميزا بين الاقاويل له قدرة على ترجيح بعضها على بعض ولا يصير الرجل أهلا للفتوى مالم يصر صوابه أكثر من خطائه لان الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة بالمغلوب بمقابلة الغالب فان أمور الشرع مبنية على الاعم الاغلب كذا في الولوالجية من كتاب القضاء وفي مناقب الكردري قال ابن المبارك وقد سئل متى يحل للرجل أن يفتي و يلي القضاء قال اذا كان بصيرا بالحديث والرأى عارفا بقول أبي حنيفة حافظا له وهذا محمول على احدى الروايتين عن أصحابنا وقبل استقرار المذاهب أما بعد التقرر فلا حاجة اليه لانه يمكنه التقليد اه ومن العجب ما سمعت من بعض حنفية عصرنا حين تكلمت قديما معه فيها ان قال لما أفتى المشايخ بشئ علمنا أنه قول الامام فقلت أنه خطأ لانهم يبينون قول الامام في ظاهر الرواية ثم يقولون الفتوى على قول أبي يوسف أو محمد أو زفر وسمعت من بعضهم أنه يقول الكل عن أبي حنيفة قلت نعم لكن ما خرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه لما قرروه في الاصول من عدم امكان صدور قولين مختلفين متساويين من مجتهد والمرجوع عنه لم يبق قولا له كما ذكروه (قوله وكره التقليد لمن خاف الحيف) كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم وهنا شيئان التقليد أى النصب من السلطان والتقلد أى قبول تقليد القضاء وهي الاولى والحيف بمعنى الجور والظلم من حاف عليه يحيف اذا جار وخوف عدم اقامة العدل لعجزه كخوف الجور فلو قال المؤلف لمن خاف الحيف أو العجز لكان أولى لان أحدهما يكفي نص عليه القدوري والمراد بالكراهة كراهة التحريم لان الغالب الوقوع في محظوره حينئذ ومحل الكراهة ما اذا لم يتعين عليه فان انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك كذا في فتح القدير واذا لم يمكن السلطان فصل القضايا وفي البلد قوم صالحون له اثموا كلهم كذا في البزازية ولم أر هل يفسق الممتنع الظاهر نعم لتركه الفرض الا أن يقال ان للمتنع في الغالب تاويلا وهو مانع من الفسق ولم أر الا ن هل يجبر الممتنع المنحصر فيه الظاهر جواز جبره على القبول لاضطرار الناس اليه كاطعام المضطر وسائر فروض الكفاية عند التعين وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين وغير المتأهل كالمعدوم (قوله وان أمنه لا) أى ان أمن الحيف لم يكره التقليد لان كبار الصحابة والتابعين تقلدوه ولم يتعرض المصنف لكون الدخول فيه عند الامن رخصة فالاولى تركه أو عزيمة فالاولى الدخول فيه للاختلاف قال في البزازية وعامة المشايخ على أن التقلد رخصة والترك عزيمة وقد دخل في القضاء قوم صالحون وتحامى منه قوم صالحون وترك الدخول أصلح دينا ودنيا وفي فتح القدير وان أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان أمن فالغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه اه فالحاصل أنه فرض عين ان تعين وفرض كفاية للمتأهل عند وجود غيره لكن رخصة ومكروه عند خوف العجز أو الحيف وينبغي أن يكون حراما عند غالب ظنه أنه يجور في الحكم ومباح كما قدمناه ففيه الاحكام الخمسة أما غير الاهل فيحرم عليه الدخول فيه قطعا ولم أر حكم ما اذا خاف الجور مع التعين ومقتضى كلامهم في النكاح أن لا يجوز له القبول تقديما للمحرم على المبيح وان كان فرضا وقد روى ان أبا حنيفة دعى للقضاء ثلاث مرات فأبى حتى حبس وجلد كل مرة ثلاثين سوطا حتى قال له أبو يوسف لو تقلدت لمنفعة الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال لو أمرت ان أقطع البحر سباحة لكنت أقدر عليه فكأني بك قاضيا ونكس رأسه ولم ينظر اليه بعد وهذا يدل على كراهة الدخول فيه وهو قول البعض وقدمنا أنه لا يكره للقادر عليه وظاهر

(قوله الا ان كان السلطان يمكنه أن يفصل الخصومات الخ) قال الرملي هذا صريح في ان للسلطان أن يقضي بين الخصمين وبه صرح في الفواكه البدرية حيث قال الحاكم اما الامام أو القاضي أو المحكم أما الامام فقد قال علماؤنا حكم السلطان العادل ينفذ واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص اه وسياتي في شرح قوله وتقضي المرأة في غير حد وقود انها تصلح للسلطنة وفي الخلاصة جنس آخر وفي النوازل السلطان اذا حكم بين اثنين لا ينفذ وفي أدب القاضي للخصاف ينفذ وهو الاصح وقال القاضي الامام وهذا أصح وبه يفتى اه ذكره في الفصل الرابع من كتاب القضاء فظهر ضعف الرواية التي نقلها ابن حجر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قوله الظاهر جواز جبره) يخالفه ما في الاختيار حيث قال ومن تعين له يفترض عليه ولو امتنع لا يجبر عليه اه (قوله ولم أر حكم ما لو خاف الجور مع التعين) قد ذكر

كلام الامام أنه عرف من نفسه عدم القدرة ولذا لم يقبل وبه صرح فى فتح القدير أنه لا يجوز القبول الالمن أجبر عليه ولذا ضرب الامام أياما وقيد بضعا وخمسين وامتنع فى الاصح من القبول ومات على الاباء كذا فى البزازية وحاصل ما ذكره البزازى فى مناقبه روايات الاولى أن الامام لما أكرهه المنصور على القضاء وأبى حبسه وضربه ثلاثة أيام ومات فى الحبس مبطونا الثانية أنه حبس مرتين على القضاء والفتيا ثم أخرج ولزم بيته ومنع من الجلوس للناس الى أن مات الثالثة أنهم لما عجزوا منه قتلوه بالسم الرابعة أنه طيف به فى الاسواق الخامسة أنه لما أحس بالسم سجد فخرجت روحه ساجدا سنة خمسين ومائة ومن غريب ما وقع أنه جىء بجنازته فازدحم الناس فلم يقدروا على دفنه الا بعد العصر واستمر الناس يصلون عليه على قبره عشرين يوما وحذر من صلى عليه خمسون ألفا ثم قال والجمهور على انه لم يقبل القضاء وأنه مات بالسم وقيل قبله يومين أو ثلاثة لاجل برالمنصور فى يمينه ثم ترك ثم اعلم أن واقعة المنصور معه هى الفتنة الثانية للامام والاولى أكرهه ابن هبيرة والى الكوفة على قضائها وضربه على رأسه حتى انتفخ وجهه وحدبه فرأى النبى صلى الله عليه وسلم فامره باطلاقه وتمامه فيها ولم يذكر الشارحون المولى للقضاة وظاهر كلامهم انه الخليفة أو السلطان وعند الامام الثانى الامير الذى ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فى الرعية وما تقتضيه الامارة له أن يقلد ويعزل بخلاف ما اذا فوض اليه الاموال فقط وعنه أيضا اذا كان القضاء من الاصل ومات القاضى ليس للامير أن ينصب قاضيا وان ولى عشرها وخراجها وان حكم الامير لم يجز حكمه فاذا جاء هذا المولى بكتاب الخليفة اليه من الاصل لا يكون امضاء لقضائه كذا فى البزازية وللسلطان أن يفوض التولية للقضاء الى غيره ولو كان المفوض اليه عبدا بطريق النيابة بخلاف ما اذا حكم العبد بنفسه لم يصح ويشترط للسلطان المولى للقضاة البلوغ لما فى البزازية مات السلطان واتفقت الرعية على سلطنة ابن صغيرله ينبغى أن يفوض أمور التقليد الى وال ويعد هذا الوالى نفسه تبعا لابن السلطان لشرفه والسلطان فى الرسم هو الابن وفى الحقيقة هو الوالى لعدم صحة الاذن والجمعة لمن لا ولاية له اهـ وفيها أيضا السلطان أو الوالى اذا بلغ يحتاج الى تقليد جديد وكذا النصرانى اذا استؤمر وفى العبد روايتان ولو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما اذا ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم فانه يجوز منها أيضا ولا بد فى صحة التولية من تعيين القاضى فلو قال السلطان وليت عالما أو احد هذين أو فلانا أو فلانا لم يصح أخذا مما فى البزازية لو قال السلطان للوالى قلد من شئت يصح ولو قال قلد أحدا لم يصح كقوله لوكيله وكل من شئت يصح وكل أحدا لا اهـ والتولية للقاضى اما بالمشافهة للقاضى بقوله وليتك قضاء بلدة كذا أو جعلتك قاضى القضاة ونحو ذلك أو بارسال ثقة اليه بذلك أو بكتاب وفى البزازية كان الفقيه أبو جعفر يقول كان الفقيه أبو بكر الاسكاف يقول تولية القضاء فى ديارنا غير صحيح لان المولى لا يواجههم بالتقليد وانما يكتب المنشور ويكتب فى كل فصل عادة من تقدم ان شاء الله تعالى فيبطل المقدم ولو محاه بعده لا ينقلب صحيحا كما لو كتب انت طالق ان شاء الله تعالى ثم محى المبطل لا يقع الطلاق اهـ ولا يشترط لصحة التولية قبوله لها وانما يشترط عدم رده بشرط بلوغه الرد كالوكالة لما فى البزازية السلطان اذا قلده القضاء فرده مشافهة ثم قبل لا يصح وان بعث اليه منشورا أو أرسل اليه فرده ثم قبل ان قبل قبل بلوغ الرد الى السلطان يصح القبول لا بعد بلوغ الرد اليه وكذا الوكيل يرد الوكالة ثم يقبل وكذا اذا كتبت المرأة الى رجل زوجت نفسى منك فبلغ الكتاب اليه فرده ثم قبل

حكمه قريبا عن الفتح حيث قال ومحل الكراهة ما اذا لم يتعين عليه فاذا انحصر صار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الخ على ان قوله وان كان فرضا يدفع التوقف وما استدل به تامل

(قوله ولا ينصب على الغائب) فى جامع الفصولين عن فتاوى رشيد الدين القاضى نصب الوصى لو كان وارثه غائبا و يكتب فى نسخة الوصاية انه جعله وصيا ووارثه غائب مدة السفر اه ووفق الشيخ خير الدين فى حاشيته على الفصولين بامكان حمل الاول على ما اذا كان معروفا ولم تكن غيبته منقطعة وعلى مالم تدع اليه الضرورة قال وسيأتى ما يؤيده وتقدم ما يؤيده أيضا اه ويأتى قريبا ان له اقراض مال الغائب

(قوله ثم رأيت ثامنا الخ) قال الرملى وفى واقعات الناطفى فى رجل مات واوصى الى رجل فادعى انسان دينا على الميت والوصى غائب نصب القاضى خصما عن الميت حتى يخاصم الغريم ليصل الى حقه وفى شرح أدب القاضى المنسوب الى صاحب المحيط ان القاضى ينصب وصيا يدعى عليه وان لم يكن الوارث غائبا فى رواية كذا فى الفصول العمادية (قوله ويشترط فى نصب الوصى على اليتيم الخ) وفى الظهيرية ان الصحيح اشتراط حضور الصبى عند القاضى فى نصب الوصى للزوم الاشارة اليه وفى مبسوط شمس الائمة الحلوانى انه لا يشترط فى صحة نصب الوصى كون اليتيم أو التركة فى ولايته وفى فتاوى القاضى اذا نصب وصيا فى تركة أيتام وهم فى ولايته والتركة ليست فى ولايته أو كانت التركة فى ولايته والايتام لم يكونوا فى ولايته أو كان بعض التركة فى ولايته والبعض لم يكن فى ولايته قال شمس الائمة الحلوانى يصح النصب على كل حال و يكون الوصى وصيا فى جميع التركة أينما كانت التركة وكان ركن الاسلام على السغدى يقول ما كان من التركة فى ولايته يصير وصيا ومالا فلا أدب الاوصياء من فصل النصب وتمامه فيه (قوله دل هذا على انه

والرسالة كالكتابة اه ولم أر لاصحابنا مجموعا ما يستفيده القاضى بالتولية وقد جمعته من مواضعه فيملك الحكم الثابت ببينة أو اقرار او نكول عن اليمين بعد استيفاء الشرائط الشرعية للحكم ويملك حبس الممتنع عن أداء الحق ومن وجب عليه تعزير ورأى حبسه لقولهم انه مفوض الى رأيه ويملك اقامة التعازير مما كان حقا لله تعالى بلا طلب أحد وما كان حق عبد بطلبه ويملك اقامة الحدود كما صرحوا به فى بابها وفى تهذيب القلانسى أنها الى الامام وامراء الامصار دون امراء السواد وعمال الخراج فى الرساتيق اه ويملك تزويج اليتامى والايتام حيث لا ولى لهم لكن بشرط أن يكتب فى منشوره ذلك وظاهر كلامهم فى باب الاولياء أنه لا يكفى فى هذه توليته له قاضى القضاة ويملك الاستخلاف بالاذن الصريح أو بقوله جعلتك قاضى القضاة والا فلا يملك ويملك ولاية أموال غير المكلفين ممن لا ولى له وأما من له ولى فلا الا أن يتصرف غير صالح فله نقضه أو كان مبذرا مسرفا فله منعه كما فى بيوع الخانية ويملك ولاية الوقوف ولو شرط الواقف أن لا ولاية له فى وقفه فشرطه باطل كما قدمناه فى الوقف ويبحث عن ولاتها فيعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف ويحاسبهم ويحلف من يتهمه منهم كما قدمناه فى الوقف وله نصب الاوصياء ان لم يكن للميت وصى وفى البزازية من التاسع فى نصب الوصى من كتاب القضاء قال الامام الحلوانى للقاضى أن ينصب الوصى فى مواضع اذا كان فى التركة دين مهرا كان الدين أو غيره بشرط امتناع الوارث الكبير من البيع للقضاء أو وصية أو صغير فينصبه القاضى لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير وكذا لو كان أبو الصغير مبذرا متلفا لمال الصغير ينصب وصيا لحفظ ماله ولو اشترى الوارث من مورثه شيأ ثم اطلع بعد موته على عيب نصب القاضى وصيا حتى يرده الاب عليه وقيد الخصاف نصب الوصى فيما اذا كان على الميت دين وله وارث كبير غائب بانقطاعه عن بلد المتوفى لا يأتى ولا تذهب القافلة فان لم يكن منقطعا لا ينصب وكذا ينصب وصيا على الصغير عند غيبة أبيه واحتيج الى اثبات حق الصغير ان كانت غيبة الاب منقطعة والا فلا و ينصب وصيا عن المفقود لحفظ حقوقه ولا ينصب عن الغائب اه فهذه سبعة مواضع يملك فيها نصب الوصى ثم رأيت ثامنا قال فى القنية اذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرس فالقاضى ينصب عنه وصيا و يأمر المدعى بالخصومة معه ان لم يكن له أب أو جد أو وصيهما اه قال فى البزازية بعدها وانما يلى النصب اذا كان مأذونا بالاستخلاف و ينصب عدلا أمينا كافيا الاغر بما لا يعرف و يثبت ذلك باخبار عدل ويشترط فى نصب الوصى على اليتيم كونه فى ولاية القاضى لا التركة وفى الوقف كون المدعى عليه فى ولايته هكذا اختاره القاضى وفيه اختلاف ويملك البيع على المديون لايفاء دينه على القول المفتى به كما صرحوا به فى الحجر وله ولاية اقراض اللقطة من الملتقط وولاية اقراض مال الغائب وله بيع منقوله اذا خاف عليه التلف اذا لم يعلم مكان الغائب فاذا علم مكانه بعث اليه لانه يمكنه حفظ العين والمالية دل هذا على

انه يملك بعث مال الغائب اليه اذا خاف التلف وله نصب وكيل فى جمع غلات المفقود وطلب الوارث اولا وله ايفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لايفاء دينه اذا كان دينه ثابتا عنده وله الارسال خلف من نسب الى طلاق زوجته الثلاث اذا أخبره عدلان وان لم تطلبه المرأة الكل من البزازية من نوع فى ولاية القاضى قال وليس له أن يزوج أم ولد الغائب وله الاذن بالانفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله كما قدمناه فى النفقات وله فرض النفقة على الزوج اذا لم يكن صاحب مائدة وطعام كثير وفى جامع الفصولين للقاضى ايداع مال الغائب وله الاذن فى بيع شئ باعه مالكه لرجل وغاب المشترى ليأخذ ثمنه من ثمنه لو من جنسه ولو كانت دابة فله الاذن باجارتها وعلفها من أجرتها وله الاذن ببيع الجارية المغصوبة لو كان مالكها غائبا ولو من الغاصب فيحل له وطؤها وان حضر مالكها كان له على ذى اليد ثمنها ولا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقنهما وله أن يكاتبهما ويبيعهما وله أن يقبض دين غائب من محبوسه وله أن يضعه عند عدل وله اطلاق محبوسه بكفيل بنفسه وله الاذن ببيع وديعة خيف فسادها وربها غائب كصوف وله بيع دار الميت اذا لم يعلم له وارث واذا علم جاز أيضا حفظا وله بيع الآبق وله اجارة بيع بيت المفقود لو خيف خرابه لو لم يسكن وله قبض المغصوب الغائب من غاصبه وله أخذ وديعة المفقود وايداعها عند من يثق به اه ما فى جامع الفصولين ملخصا وأما اقامة الجمع والاعياد فيملكها القاضى ان كانت فى منشوره والا فلا وقول محمد للقاضى أن يجمع حمله المشايخ على هذا كذا فى البزازية من أول القضاء وله النظر فى الطريق فيمنع متعديا فيها ببناء واشراع جناح لا يجوز وله نصب القسام كما ذكروه فى كتاب القسمة وله نصب أئمة المساجد ولم أر حكم نصبه للمحتسبين وينبغى أن يكون له ذلك ان لم ينصب الامام أحدا وأما نصب العاشر والجابى للزكوات فالى الامام كأخذ الجزية والخراج وما يتعلق باموال بيت المال (قوله ولا يسأل القضاء) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده أى يلهمه رشده ذكره الصدر الشهيد ولان من طلبه اعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه توكل على ربه فيلهم وعلله فى السراج الوهاج باخرى بان فى طلب القضاء اذلالا واهانة بالعلم لان كل معرض مهان اه وهو يفيد منع العالم من السؤال مطلقا الا لحاجة وقد جمع القدورى بين النهى عن طلبه والنهى عن سؤاله ففهم الشارحون المغايرة بينهما فقيل الطلب بالقلب والسؤال باللسان كذا فى المستصفى وفى البناية الطلب أن يقول للامام ولنى والسؤال أن يقول للناس لو ولانى الامام قضاء بلدة كذا لاجبته الى ذلك وهو يطمع أن يبلغ ذلك الى الامام اه والمراد كراهة السؤال أى تحريما أى لا يحل كما فى فتح القدير وليس النهى عن السؤال على اطلاقه بل مقيد بان لا يتعين للقضاء أما ان تعين بان لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين واستحب بعض الشافعية طلبه لخامل الذكر لينشر العلم كما فى المعراج ولم أر حكم ما اذا تعين ولم يول الا بمال هل يحل بذله وكذا لم أر

يؤذن القاضى بنصب الخطيب اذا مات خطيب الجامع و يكتب الى السلطنة العلية ليقرره فيها وليس مأذونا فى نصب الخطيب ابتداء هكذا أخبرنى ترجمان القاضى لحادثة اقتضت ذلك ومقتضى هذا انه ليس له اقامتها بنفسه ولكن كنت مرة فى جامع بنى أمية وقدمات الخطيب وكان نائبا عن رجل فخرج الاصيل ليخطب

ولا يسأل القضاء

وكان حديث السن والقاضى حاضر فى الجامع فغضب من ذلك وأنزله من المنبر وأخرج نائب القاضى فخطب بالناس وصلى وضج الناس وصاروا يتحدثون بان هذه الجمعة لم تصح حيث لم يأذن الخطيب لنائب القاضى فلا أدرى هل ذلك جهل من ذلك القاضى أو كان مأذونا والله تعالى أعلم (قوله ولم أر حكم ما اذا تعين ولم يول الا بمال الخ) قال

فى النهر هذا ظاهر فى صحة توليته واطلاق المصنف يعنى قوله ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا يرده وأما عدم صحة عزله فممنوع قال فى الفتح للسلطان أن يعزل القاضى بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل اه نعم لو قيل لا يحل عزله فى هذه الحالة لم يبعد كالوصى العدل قال أبو السعود ونظر فيه السيد الحموى بان ما فى الفتح ليس نصا فى صحة عزل

حكم جواز عزله وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وان يحرم عزله حيث تعين وأن لا يصح عزله وكما لا يجوز طلبه لا تجوز تولية الطالب في الخلاصة والبزازية والخانية من الوقف طالب التولية لا يولى اه فمن طلب القضاء أو النظارة أو الوصاية لا يولى وعللوه بان الطالب موكول الى نفسه وهو عاجز فيكون سببا لتضييع الحقوق وفي وصايا البزازية قال أبو مطيع البلخي أفتى منذ نيف وعشرين سنة فما رأيت قيما عدل في مال ابن أخيه قط فلا ينبغي أن يتقلد الوصاية أحد وقد قيل اتقوا الواوات الوكالة والوصاية والولاية اه وظاهر كلامهم انه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لاطلاقهم وقدمنا في كتاب الوقف أن له طلب عودها اذا عزل من قاض جديد (قوله ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي) لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله تعالى عنهما في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا أفسق أهل زمانه هكذا قال أصحابنا وفي فتح القدير وهذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في أقضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولى القضاة قبل تسليم الحسن رضي الله عنه له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة اه ومن العلماء من قال ان الحسن رضي الله عنه لم يسلم له اختيارا وانما سلم له لما رأى ما يقع بينهما من قتل المسلمين من كل من الطائفتين فكان مضطرا كما في المسايرة وفي المعراج انعقد الاجماع على بيعة معاوية حين سلم له الحسن وما ذكر المؤلف من جواز التقليد من الجائر مقيد بما اذا كان يمكنه من القضاء بالحق أما اذا لم يمكنه فلا كما في الهداية لان المقصود لا يحصل به والعادل هو الواضع كل شئ في موضعه وقيل هو المتوسط بين طرفي الافراط والتفريط سواء كان في العقائد أو في الاعمال أو في الاخلاق وقيل الجامع بين أمهات كمالات الانسان الثلاثة وهي الحكمة والشجاعة والعفة التي هي أوساط القوى الثلاث أعني القوة العقلية والغضبية والشهوانية وقيل المطيع لاحكام الله تعالى وقيل المراعي لحقوق الرعية ذكره الكرماني في شرح قوله عليه الصلاة والسلام امام عادل والعدل في اللغة القصد في الامور وهو خلاف الجور وذكر الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء للخصاف أن أبا بكر رضي الله عنه سئل عن العدل وهو على المنبر فقال على البديهة العدل أن تاتي الى أخيك ما تحب أن يأتيه اليك أو ما مثله أن يرضيكا وأطلق في الجائر فشمل المسلم والكافر كما ذكره مسكين معزيا الى الاصل وظاهره صحة سلطنة الكافر على المسلمين وصحة توليته للقضاة وفي فتح القدير ما يخالفه قال واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلسية وبلاد الحبشة واقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا اماما يصلي بهم الجمعة اه ويؤيده ما في جامع الفصولين وكل مصر فيه وال مسلم من جهة الكفار يجوز منه اقامة الجمع والاعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الايامى لاستيلاء المسلم عليهم وأما طاعة الكفرة فهي موادعة ومخادعة وأما في بلاد عليها ولاة الكفار فيجوز للمسلمين اقامة الجمع والاعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم اه وتصريحه بجواز التقلد من الجائر يدل على أن البغاة اذا ولوا قاضيا ثم جاء أهل العدل فرفعت قضاياه الى قاضي أهل العدل فانه يمضي حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما في

و يظهر لي انه يحل له السؤال دون بذل المال لانه رشوة لانه اذا تعين عليه وساله فلم يوله السلطان سقط عنه الوجوب فباي وجه يحل له أن يدفع الرشوة لشئ لم يبق واجبا عليه وقد قال كثير من علمائنا ان فرضية الحج تسقط اذا لم يتمكن منه الا بدفع الرشوة للاعراب فهذا أولى وأما مسئلة عزله

ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي

فلا شك ان القاضي وكيل عن السلطان فاذا تعين القاضي للقضاء وجب على السلطان أن يوليه فاذا عزله وهو وكيل عنه صح عزله وان أثم بمنع المستحق (قوله وقد قيل الخ) لبعضهم نظما

احذر من الواوات أر بعة فهن من الحتوف واو الولاية والوكا لة والوصاية والوقوف

(قوله وقدمنا في كتاب الوقف الخ) قال في النهر وينبغي أن يخص من طلب تولية الوقف ما اذا عزل منه وادعى ان العزل من القاضي الاول بغير جنحة وان له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي اثبت انك أهل للولاية ثم توليه نص عليه الخصاف وأن تكون التولية مشروطة له فاذا طلبها في هذه الحالة فانما طلب تنفيذ الشرط سائر

فان تقلد يسأل دوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها

سائر القضاة وهو مصرح به فى فصول العمادى ويدل بمفهومه على أن القاضى لو كان من البغاة فان قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل لان الفاسق يصلح قاضيا فى الاصح وذكر فى الفصول ثلاثة أقوال فيه الاول ما ذكرناه وهو المعتمد الثانى عدم النفاذ واذا رفع الى العادل لا يمضيه الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه والا أبطله اه وأشار المؤلف بصحة التقليد من الجائر عادلا كان القاضى أو باغيا الى صحة عزل الباغى لقضاة أهل العدل وفى الفصول بمجرد استيلاء الباغى لا تنعزل قضاة العدل ويصح عزل الباغى لهم حتى لو انهزم الباغى بعده لا تنفذ قضاياهم بعده ما لم يقلدهم سلطان العدل ثانيا اذ الباغى صار سلطانا بالقهر والغلبة اه وفى شرح باكير فيما يصح تعليقه وما لا يصح قبيل الصرف اعلم أنه لا بد أن يكون الامام مكلفا حرا مسلما عدلا مجتهدا ذا رأى وكفاية سميعا بصيرا ناطقا وأن يكون من قريش وللامام فيه منع وان لم يوجد فمن العجم وتنعقد بيعة أهل الحل والعقد من العلماء المجتهدين والرؤساء لما عرف اه وتكفى مبايعة واحد وقيل لا بد من الاكثر وقيل لا يلزمه عدد وتمامه فى المسايرة وعرف المحقق الامامة العظمى فى المسايرة بأنها استحقاق تصرف عام فى الدين والدنيا على المسلمين وظاهره أنه لا بد فى الامام من عموم ولايته ولذا قالوا لا يجوز اجتماع امامين فى زمن واحد وقدمنا أولا عن الخانية بماذا يكون سلطانا (قوله فان تقلد يسأل دوان قاض قبله) شروع فيما يفعله القاضى اذا تقلده فان كان فى البلد ينبغى أن يقرأ المنشور على أهل البلدان كتب له وان قدم من خارج ينبغى أن يقدم يوم الاثنين أو الخميس لابسا عمامة سوداء وينزل وسط البلد ويقرأ عليهم منشوره ولم أره صريحا الآن ثم رأيته فى شرح أدب القضاء للخصاف ثم يطلب ديوان القاضى السابق لانه انما وضع للحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء لان القاضى يكتب نسختين احداهما فى يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى فى يد الخصم وما فى يده لا يؤمن عليه والديوان لغة جريدة الحساب ثم أطلق على الحاسب ثم أطلق على موضع الحاسب وهو معرب والاصل دوان فابدلت من احدى المضعفين ياء بالتخفيف ولهذا يرد فى الجمع الى أصله فيقال دواوين وفى التصغير دويوين لان التصغير وجمع التكسير يردان الاسماء الى أصولها ودونت الديوان أى وضعته وجمعته ويقال ان عمر رضى الله تعالى عنه أول من دون الدواوين فى العرب أى رتب الجرائد للعمال وغيرها كذا فى المصباح والمراد به هنا ما ذكره بقوله (وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها) أى الديوان والخرائط جمع خريطة مثل كريمة وكرائم وهى شبه كيس يشرج من أديم وخرق كذا فى المصباح وهذا مجاز لان الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس كما أفاده مسكين والسجلات جمع سجل وهو لغة كتاب القاضى والمحاضر جمع محضر وذكر العلامة خسرو فى شرح الدرر والغرر أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضى وما جرى بينهما من الاقرار من المدعى عليه أو الانكار فيه والحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل والصك ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار وغيرها والحجة والوثيقة متناولان الثلاثة اه وفى العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان فى الواقعة وبقى عند القاضى وليس عليه خط القاضى والحجة ما نقل من السجل من الواقعة وعليه علامة القاضى أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى للخصم وفى قوله ان دون اذا اشارة الى أن تقلده نادر غير كائن لا يتقلده الا المغرور بحديث النفس اليه أشار مسكين وأراد بغيرها محاسبات الاوقاف وكل شئ كان فيه مصالح الناس مما يتعلق بالقاضى المعزول وأطلقه فشمل ما اذا كان الورق من بيت المال أو من مال أرباب

(قوله ويكتب أسماءهم وأخبارهم الخ) قال في النهر ولا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم لان قوله لم يبق حجة كذا في الفتح وعلى هذا فما في شرح أدب القضاء يجب على القاضي كتابة اسم المحبوس الخ يفيد ان النظر في حالهم انما هو في النسخة التي بعثها القاضي اليه فلا معنى لوجوب كتابة ما ذكر اذ لا أثر له يظهر اه قلت ورأيت في شرح أدب

القضاء للامام حسام الدين عمر بن عبد العزيز تعليل الوجوب بقوله لانه ربما يحتاج الى سماع البينة على الافلاس بعد الحبس فلا بد أن يكون ذلك معلوما للقاضي قال ثم القاضي المقلد يأخذ هذه النسخة من القاضي المعزول أيضا الخ ثم قال بعده ولا يلتفت الى قول القاضي المعزول

ونظر في حال المحبوسين فمن أقر بحق أو قامت عليه بينة ألزمه

فعلم ان وجوب كتابة ما ذكر لا لينظر الثاني فيه بل لحاجة الاول اليه وهي ما ذكره أنه ظاهر ومعنى باهر بل له فوائد أخر ذكرها في شرح أدب القضاء أيضا في الباب الحادي والثلاثين في الحبس حيث قال أما يكتب اسم المحبوس ونسبه فلان الطالب ربما طالب القاضي بتسليم المحبوس اليه فلا بد أن يعرف القاضي اسمه ونسبه حتى يطالب السجان بتسليم ذلك اليه والتعريف انما يحصل بالاسم والنسبة وانما يكتب من حبس لاجله لانه لو لم يكتب ربما جاء انسان آخر وادعى انه حبسه في دينه ويخرجه فيهرب من القاضي والخصم الذي حبس لاجله غيره واما يكتب مقدار الحق الذي عليه فلانه ربما جاء المحبوس بمال قليل ويقول للقاضي حبستني لهذا القدر من المال فيدفعه الى القاضي ويهرب واما يكتب التاريخ فلانه ربما احتاج الى أن يسمع البينة على افلاسه وانما يسمع بعد مدة فلا بد من ان يعرف هل انقضت تلك المدة وانما يعرف بالتاريخ اه

القضايا وهو الصحيح وما اذا كان من مال القاضي في الصحيح لانه أخذه تدينا لحفظ أمور المسلمين لا تمولا ويبعث المولى اثنين أو واحدا أمونا ليقبضاها من المعزول أو أمينه ويسألان منه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة ليكون أسهل للتناول وهذا السؤال لكشف الحال لا للزوم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضاه ختما عليه خوفا من التغيير وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فلا حاجة اليه فان كتب الاوقاف تغني عنه وأشار الى أن المولى بمجرد توليته لا يتأخر عن النظر فيما فوض له فان تأخر لغير عذر عزله الامام ولذا قال الصدر الشهيد ان عمر رضي الله عنه استقضى رجلا على الشام يقال له حابس بن سعد الطائي على قضاء حمص قال له يا حابس كيف تقضي قال أقضي بما في كتاب الله تعالى قال فان لم يكن في كتاب الله تعالى قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم يكن في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم قال اجتهد برأيي واستشير جلسائي فقال عمر رضي الله عنه أصبت وأحسنت ثم لقي عمر ذلك الرجل فقال ما منعك أن تسير الى عملك قال يا أمير المؤمنين اني رأيت رؤياها التي أي خوفتني قال وما هي قال رأيت كأن الشمس والقمر يقتتلان رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير ورأيت كأن القمر أقبل من المغرب في جمع كثير حتى اقتتلا قال فمع أيهما كنت قال مع القمر فقرأ عمر رضي الله عنه وجعلنا الليل والنهار آيتين فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة كنت مع القمر في مغرب الشمس أردد الينا عهدنا فقتل بعد بصفين مع معاوية فيدل على أن للامام عزل القاضي اذا تأخر وعلى التفاؤل وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف (قوله ونظر في حال المحبوسين) أي الجديد لانه نصب ناظرا للمسلمين والمراد المحبوس في سجن القاضي فيبعث القاضي ثقة يحصيهم في السجن ويكتب أسماءهم وأخبارهم وسبب حبسهم ومن حبسهم وفي شرح أدب القضاء يجب على القاضي كتابة اسم المحبوس وأبيه وجده وما حبس بسببه وتاريخه فاذا عزل بعث النسخة التي فيها أسماؤهم الى المتولي لينظر فيها وأما المحبوس في سجن الوالي فيجب على الامام النظر في أحوالهم وحاصل ما ذكره الامام أبو يوسف في كتاب الخراج ان من حبس من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولا مال لهم ان نفقتهم في بيت المال وكسوتهم وكذا أسراء المشركين وأن لا يبيت أحد في قيد الا رجل مطلوب بدم وينبغي أن يولي على هذا الامر رجلا صالحا يثبت أسماءهم عنده ويدفع نفقتهم وأدمهم شهرا بشهر ويدعو كل رجل ويدفع اليه بيده ويمنعهم من الخروج في السلاسل يتصدق عليهم فان هذا شيء عظيم ومن مات منهم ولا ولي له ولا قرابة فان تجهيزه من بيت المال وأمر بالصلاة عليه ونظر في أحوالهم كل أيام فمن كان عليه أدب أدب وأطلق ومن لم يكن له قضية خلى سبيله الى آخر ما ذكره رحمه الله (قوله فمن أقر بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) لان كلا منهما حجة ملزمة وليس المراد بقوله ألزمه

(قوله فظاهره انه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته) كذا في النهر أيضا لكن في فتاوى قارئ الهداية سئل اذا أخبر حاكم حاكما بقضية هل يكفي اخباره ويسوغ للحاكم العمل بها أجاب لا يكفي اخباره بل لا بد معه من شاهد آخر اه ومثله في فتاوى المؤلف ويخالفه ظاهر ما في شرح أدب القضاء وما كان من حكم أخبر به القاضي المعزول وأراد بذلك شهود يقبل منه قوله كما اشهد شهود على حكمه وكذا ما قدمه المؤلف في السادس في طريق ثبوته عن السراج الوهاج الحاكم اذا حكم بحق ثم قال بعد عزله كنت حكمت بكذا لم يقبل قوله اه الى آخر ما ذكره هناك فظاهره يخالف ذلك والله تعالى أعلم وسيأتي قبيل الشهادات الاختلاف في قبول قول القاضي المولى مطلقا أو مع عدل والظاهر انه المراد بما في فتاوى قارئ الهداية والمؤلف فلا يخالف ما هنا

الزمه الحكم عليه وانما المراد الزمه الحبس كما أشار اليه مسكين أي أدام حبسه ويصح أن يراد الزمه بالحق واليه يشير تقريره في فتح القدير والظاهر عندي ما قاله مسكين لان الثاني لا يطرد في كل اقرار لان المحبوس اذا أقر بسبب عقوبة خالصة كالزنا وشرب الخمر فقال اني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا لم يقم الحد على فان القاضي لا يقيمه عليه لان ما كان منه في مجلس المعزول بطل لكن يستقبل المولى الامر فاذا أقر حده ثم بعد الحد يتأنى وينادي عليه ثم يطلقه بكفيل بنفسه كذا في شرح أدب القضاء للخصاف وقوله أو قامت عليه بينة أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه وأما المعزول فلا يقبل قوله لو قال حبسته بحق عليه وكذا لو قال كنت حكمت عليه لفلان بكذا كما في السراج الوهاج وعلله في البداية بانه كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه اه فظاهره انه لو شهد مع آخر لم تقبل شهادته ورأيت في بعض كتب الشافعية انه لو شهد مع آخر على حكمه لم تقبل الا أن يقول ان قاضيا قضى عليه بكذا لفلان اه وقواعدنا تاباه لان الشهادة على قضاء القاضي من غير تسميته غير صحيحة ولم يذكر المؤلف رحمه الله اطلاقه بعد الزامه لما في شرح أدب القضاء انه اذا أقر لفلان بن فلان وعرفه القاضي أو شهد الشهود بنسبه وأحضر المال له أطلقه بلا كفيل وكذا اذا اختار المدعي اطلاقه وان أشكل على القاضي أمر المدعي أمره بالدفع اليه ولا يطلقه بل يتأنى ثم يطلقه بكفيل خوفا من الاحتيال اه (قوله والا نادى عليه) أي من لم يثبت عليه شئ أمر مناديا كل يوم في محلته وقت جلوسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى نجمع بينه وبينه فان حضر واحد وادعى وهو على انكاره ابتدأ الحكم بينهما والا تأنى في ذلك أياما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر أحد أخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقا وأطلقه بخلاف مسئلة القسمة فان أبا حنيفة لم يأخذ من الورثة كفيلا لان احتمال وارث آخر موهوم وهنا القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر وخلافه موهوم فان قال لا كفيل لي وأبى أن يعطي كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر أحد أطلقه وقد بحث المحقق في فتح القدير بانه لو قيل بالنظر الى أن الظاهر انه حبس بحق يجب أن لا يطلقه بقوله اني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا اه قلت ليس بجيد لانا عملنا بمقتضى هذا الظاهر بالنداء وأخذ الكفيل ولو أبقيناه في الحبس كما ذكره لسوينا بين المحقق والظاهر فان المعسر تحققنا ثبوت الحق عليه بخلاف المحبوس بعد عزل القاضي ثم اعلم ان حاصل ما ذكره الصدر في المحبوسين أنه ان كان بسبب الدين فقد ذكرناه وان كان بسبب قصاص أقر به اقتص منه للمقر له في النفس والطرف ولكن لا يطلقه في الطرف الا بكفيل احتياطا وان كان قال حبست بسبب حد الزنا لا يعمل القاضي باقراره السابق وانما يستأنف الآن وان قال بسبب شهود على به لا يحده بذلك

والا نادى عليه

(قوله ولكن لا يطلقه في الطرف احتياطا) لانه تمكن تهمة المواضعة فانه يجوز أن يكون لانسان آخر حق في نفسه أو في ماله فهو يبذل الطرف ليتخلص فيفوت حق ذلك الانسان في نفسه فيتأنى في ذلك وينادي ثم يأخذ كفيلا بنفسه ويطلقه كذا في شرح أدب القضاء (قوله وانما يستأنف الآن) فان أقر بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس صح وان كان محصنا رجمه والا جلده ثم يتأنى في ذلك وينادي عليه وان حضر له خصم جمع بينهما والا أخذ منه كفيلا بنفسه كذا في شرح أدب القضاء للخصاف (قوله لا يحده بذلك) لان ما كان من الشهادة عند القاضي المعزول لا يعتبر عند الثاني كذا في شرح أدب القضاء وفيه وكذلك اذا شهدوا عند القاضي الثاني اذا تقادم العهد لانها حينئذ لا تكون حجة بخلاف الاقرار ولا يطلقه لتوهم الحيلة لكن ينادي عليه ويتأنى في أمره ويأخذ منه كفيلا بنفسه

وان قال بسبب سرقة أقررت بها قطع المولى يده وأطلقه بكفيل وان قال ببينة لا للتقادم وان أقر انه حبس بسبب حد الخمر لا يحده سواء قال باقرار أو ببينة وان قال بسبب قذف لفلان وصدقه حده مطلقا وأطلقه بكفيل (قوله وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) لان كلا منهما حجة والمراد اقرار ذي اليد وأما غيره فلا يقبل اقراره وفي فتح القدير والذي في ديارنا من هذا ان أموال الاوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم اه وقد انقطع هذا في زماننا فان أموال اليتامى تحت يد الاوصياء ولم يول في زماننا أمين الحكم قيد بغلات الوقف لانه لا يعمل باقرار ذي اليد في أصل الوقف اذا جحد الورثة ولا بينة وقال المعزول ان هذا وقف فلان بن فلان سلمته الى هذا وأقر ذو اليد وكذبه الورثة لم يقبل قول القاضي وذو اليد ويكون ميراثا بين الورثة وتمامه في شرح أدب القضاء (قوله ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذو اليد انه سلمه اليه فيقبل قوله فيهما) يعني لو قال من في يده المال لي وقال المعزول انه مال وقف أو يتيم لم يقبل قوله لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يكتفي بقوله في الالزام حتى الخليفة الذي قلد القضاء لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضي به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله والحاصل أن المسئلة على وجوه خمسة الاول أن يقر بانه سلمها اليه ومع ذلك يقر بها لغيره فاذا بدأ ذو اليد بالاقرار للغير ثم بتسليم القاضي فاقر القاضي بانها لآخر وحكمه أن تسلم العين للمقر له الاول ويضمن المقر قيمته ان كان قيميا أو مثله ان مثليا للقاضي باقراره الثاني فيسلمها لمن أقر له القاضي الثاني أن ينكر التسليم وحكمه أن لا يقبل قول المعزول الثالث أن يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر به للغير عكس الاول وحكمه عدم قبول الثاني الرابع أن يبدأ بالاقرار بتسليم القاضي ثم يقول لا أدري لمن هو وحكمه قبول قول القاضي الخامس أن يقر بانه تسلمه من القاضي وصدق القاضي انها لفلان فيقبل قولهما ويدفع الى القاضي ليدفعه الى فلان فلم يعمل بقوله في وجه وعمل به في الاربعة وقوله ببينة شامل لما اذا شهدوا انهم سمعوا القاضي قبل عزله يقول هذا المال لفلان اليتيم استودعته فلانا وكذا اذا شهدوا على بيعه مال اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك (قوله ويقضي في المسجد أو داره) لانه صلى الله عليه وسلم حكم بين المتلاعنين في المسجد وقال للمديون قم فاقضه بعد أمر الدائن بوضع الشطر وكانا في المسجد وقد ارتفعت أصواتهما وأمر باقامة الحد وهو في المسجد وقد لاعن عمر رضي الله عنه عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما رواه البخاري وأما كون المشرك يدخله للقضاء وهو نجس فلا يمنع لان نجاسته نجاسة الاعتقاد على معنى التشبيه وأما الحائض فتخبر بحالها ليخرج اليها القاضي أو يرسل نائبه كما اذا كانت الدعوى في دابة وكذا السلطان يجلس في المسجد للحكم أطلق المسجد فشمل غير الجامع لكنه أولى لانه أشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد أما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة فالاولى أن يختار مسجدا في وسط البلد في السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الا أن الاولى ما ذكرناه ويأذن للناس على العموم ولا يمنع أحدا لان لكل أحد حقا في مجلسه والاولى أن يكون بيته في وسط البلد لما ذكرناه والحاصل انه يجلس له في أشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب وهو الافضل ولا يحكم وهو ماش ولا راكب ولا باس بالقعود على الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا باس بالحكم وهو

وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذو اليد انه سلمه اليه فيقبل قوله فيهما ويقضي في المسجد أو داره

(قوله قطع المولى يده وأطلقه بكفيل وان قال ببينة لا للتقادم) كذا في النهر وتبعه الحموي وفيه نظر لما سبق في الحدود ان طلب المسروق منه شرط القطع مطلقا سواء كان الثبوت بالبينة أو الاقرار أبو السعود (قوله وان قال ببينة لا للتقادم) أي لا يقطعه لاجل التقادم وكذا اذا شهدوا عند الثاني اذا تقادم العهد ولا يعجل في اطلاقه بل يفعل ما قلنا شرح أدب القضاء (قوله الى المقر له الاول) وهو من أقر له ذو اليد (قوله باقراره الثاني) وهو اقراره بتسليم القاضي اليه

متكئ والقضاء وهو مستو أفضل تعظيما لامر القضاء ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة فينبغي أن يجالسه من كان يجالس معه قبل ذلك وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم حتى قال أحمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط وان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه من حشمة الفقهاء عن فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فان كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ونسبته الى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا أمكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان أولى كذا في فتح القدير وفي التتارخانية قال مشايخنا ينبغي للقاضي اذا أراد الحكم أن يقول للخصمين أحكم بينكما وهذا على وجه الاحتياط حتى أنه اذا كان في التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما وفي البزازية قضى القاضي بحق ثم أمره أن يسال القضية ثانيا بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك على القاضي اهـ وفيها وان رأى أن يقعد معه أهل الفقه قعدوا ولا يشاورهم عند الخصوم اهـ فعلى هذا اذا كانت عنده الفقهاء ووقعت الحادثة يخرج الخصوم أو يبعدهم ثم يشاور الفقهاء ولا يسلم ولا يسلم عليه الا اذا كان الداخل الشاهد فله أن يسلم كما في الخانية ويصلي ركعتين تحية المسجد ويسند ظهره الى المحراب والناس بين يديه يقفون مستقبلي القبلة فان اعتراه هم أو غضب أو جوع أو حاجة حيوانية كف عنه حتى يزول ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولا يقضي وهو يدافع أحد الاخبثين وان كان شابا قضى وطره من أهله ثم جلس للقضاء ولا يسمع من رجل حجتين أو أكثر في مجلس الا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء غيره قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا كذا في البزازية والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه ولو بفرح أو برد شديد أو حر شديد وأصله لا يقضي القاضي وهو غضبان معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس فيه كذا في فتح القدير وفي الظهيرية ويخرج في أحسن ثيابه وأعدل أحواله وله أن يتخذوا بوابا يمنع الخصوم من الازدحام ولا يباح للبواب أن يأخذ شيئا على الاذن في الدخول واذا أخذ البواب شيئا وعلم القاضي به فقضى كان كالقضاء بالرشوة لا ينفذ كذا في شرح أدب القضاء واذا جلسوا بين يديه قال أبو يوسف يقول أيكما المدعي فاذا عرفه يقول له ماذا تدعي وقال محمد لا يفعل ذلك وقول أبي يوسف أرفق دفعا للمهابة عنهم واذا جاء رجل أراد احضار خصمه الغائب دفع له طينة عليها ختم القاضي مكتوب فيها أجب خصمك الى مجلس الحكم فان كان في المصر أحضره أو قريبا منه وان كان بعيدا فالقاضي لا يعديه بمجرد قوله حتى يقيم البينة والفاصل بينهما انه ان أمكنه أن يعود الى أهله في ذلك اليوم فهو قريب والا فلا وقال محمد يجب على الامام أن ينصب قضاة على الكور فيما دون مدة السفر احترازا عن مشقة الاعداء وهو ازالة العدوان ويسقط الاعداء بعذر المرض أو كانت مخدرة فان توارى الخصم في بيته ختم القاضي على بيته وجعل بيته عليه سجنا وسد أعلاه وأسفله حتى يضيق عليه الامر فيخرج قال الحلواني وأصحابنا لم يجوزوا الهجوم وصورته أن يبعث القاضي نساء يطلبنه في البيت وأعوانا يأخذون السفل

(قوله مع عدم ايغار الصدور) قال في الصحاح الوغرة شدة توقد الحر ومنه قيل في صدره وغر بالتسكين أي ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ أبو السعود (قوله ثم أمره) أي السلطان (قوله وله أن يتخذوا بوابا يمنع الخصوم من الازدحام) قال الرملي وتقدم قريبا انه يجلس في أشهر الاماكن والجامع ليس فيه حاجب ولا بواب وهو الافضل ولكن الذي هنا مخصوص بمنع الخصوم (قوله لا يعديه) قال الرملي أي لا يحضره من اعداه أي أحضره وتسمى مسائله مسائل العدوى وهو الاسم منه والاعداء مصدره (قوله فان توارى الخصم في بيته ختم القاضي على بابه) قال الرملي بعد أن يكلف القاضي المدعي الى اقامة البينة انه في منزله كما صرح به في الخانية والتتارخانية نقلا عن المحيط ومحل ذلك أيضا اذا لم يكن له عذر كما صرح به علماء الشافعية وقواعدنا تقضي به أيضا فاعلم ذلك ولا تغتر بما يفعله بعض القضاة فان محل السمر والختم اذا ثبت

امتناع الخصم بلا عذر ولو كان عذرا يبيح ترك صلاة الجمعة تامل (قوله وهذا هو القياس) قال الرملي اسم الاشارة راجع الى قوله وأصحابنا لم يجوزوا الهجوم تامل (قوله وتركوا الخ) أي أصحاب نبينا (قوله وأجرة الاشخاص في بيت المال) قال في لسان الحكام وفي القنية و ينبغي أن ينصب انسانا حتى يقعد الناس بين يدي القاضي و يقيمهم و يقعد الشهود و يقيمهم ويزجر من يسيء الادب ويسمى صاحب المجلس والجلواز أيضا وانه ياخذ من المدعى شيأ لانه يعمل له باقعاد الشهود على الترتيب وغيره لكن لا ياخذ أكثر من درهمين وللوكلاء أن ياخذوا ممن يعملون له من المدعين والمدعى عليهم ولكن لا ياخذوا لكل مجلس أكثر من درهمين والرجالة ياخذون أجورهم ممن يعملون له وهم المدعون لكنهم ياخذون في المصر نصف درهم الى درهم واذا خرجوا الى الرساتيق لا ياخذون لكل فرسخ أكثر من ثلاثة دراهم أو أربعة هكذا وضعه العلماء الا تقياء الكبار وهي أجور أمثالهم وأجرة الكاتب على من يكتب له الكتابة وأجرة النواب على القاضي واذا بعث أمينا للتعديل فالجعل على المدعى كالصحيفة قال مجد الائمة التركاني مؤنة الرجالة على المدعى في الابتداء فاذا امتنع فعلى المدعى عليه وكان ذلك استحسانا مال اليه للزجر فان القياس

ويرد هدية الا من قريب أو ممن جرت عادته به

أن يكون على المدعى في الحالين المزكي يأخذ الاجر من المدعى وكذا المبعوث للتعديل اه كلام القنية اه (قوله واذا ثبت تمرده عن الحضور عاقبه بقدره) قال الرملي هذا صريح في انه لا بد فيه من البرهان فلا يقبل فيه قول المحضر ولا قول عدل واحد ولا النساء الخلص ولا يتصور تمرده الا بعد الاجتماع مع المشخص كما يفهم جميعه من كلامهم فلو اختفى لا يثبت تمرده وفي شرح المختار ولو امتنع الخصم عن الحضور بمجلس القضاء عزره بما يرى من ضرب أو سفع أو حبس أو تعبيس وجه على ما يراه اه وفي البزازية فان عرض الطينة وامتنع الخصم يقول له هل تعرفه انه القاضي فان قال نعم أشهد عليه فان شهدا عند القاضي عاقبه على ذلك و يستعين باعوان الوالي على الاحضار اه وفي فتاوى قارئ الهداية اذا هرب الغريم من الرسول وعجز عنه القول قول الرسول في ذلك ولا ضمان عليه لكن اذا لم يعلم هروبه الا بقوله يؤدب على التفريط له اه وموضوع السؤال في رجل ثبت عليه حق وخرج من عند القاضي بالترسيم مع رسول ليرضي خصمه بالدفع أو بالسجن (قوله و يجعلها في قمطره) قال الرملي القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء قال في القاموس القمطر كسجل والقمطري والقمطرة بالتشديد شاذ (قوله ابن اللتبية) قال الرملي بلام مضمومة وحكي فتحها وخطئ وتاء مثناة ساكنة وحكى المنذري تحريكها قال ابن دريد بنو لتب بطن من الازد و يقال الاتبية بهمزة مفتوحة وسكون التاء قال وتحرك ثم قيل انها اسم أمه عرف بها وكان اسمه عبد الله كذا قاله الزركشي في التنقيح لالفاظ الجامع الصحيح

والعلو كيلا يهرب وهذا هو القياس فعله عمر رضي الله عنه والصالحون من بعده وتركوا فيه القياس فان كان المديون يسكن دارا باجرة وامتنع من الحضور اختلفوا في تسمير الباب والاصح انه يسمر والتسمير الضرب بالمسامير اه فان كانت الدار مشتركة فسمرها الحاكم لاجل أحد الشركاء للباقي أن يرفعوا الامر اليه ليرفع المسامير وليس هذا من العدل كذا في التتارخانية وفيها السلطان الختم على باب المديون وان لم يتوار في بيته تضييقا عليه حتى يقضي الدين اه فعلى هذا له وضعه في الجاويش في زماننا وفي البزازية و يستعين باعوان الوالي على الاحضار وأجرة الاشخاص في بيت المال وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم الى درهم وفي الخارج لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على المدعى وهو الاصح وفي الذخيرة انه المشخص وهو المامور بملازمة المدعى عليه وأطلق بعض المشايخ الذهاب الى باب السلطان والاستعانة باعوانه أولا لاستيفاء حقه قبل العجز عن الاستيفاء بالقاضي لكنه لا يفتى به الا اذا عجز القاضي واذا ثبت تمرده عن الحضور عاقبه بقدره وذكر الصدر الشهيد الاختلاف في قبول القاضي القصص من الخصوم والمذهب عندنا انه لا ياخذها اذا جلس للقضاء والا أخذها ثم ذكر الاختلاف في أن القاضي يؤاخذ بما كتب فيها والمذهب لا الا اذا أقر بلفظه صريحا وفي السراج الوهاج و ينبغي للقاضي أن يتخذ كاتبا صالحا عفيفا و يقعده بحيث يراه أهلا للشهادة لا ذميا ولا عبدا ولا صبيا ولا ممن لا تجوز شهادته فيكتب الخصومة و يجعلها في قمطره و يجعل لكل شهر قمطرا (قوله ويرد هدية الا من قريب أو ممن جرت عادته به) أي لا يقبل القاضي هدية لما رواه البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة واسمه عبد الله فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي الي فقال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى اليه أم لا قال عمر بن عبد العزيز

العز بن رضي الله عنه كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة فتعلمه دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ويجب ردها على صاحبها فان تعذر ردها على مالكها وضعها في بيت المال كاللقطة كما في فتح القدير فان كان المهدي يتأذى بالرد يقبلها ويعطيه مثل قيمتها كذا في الخلاصة وفي المضمرات اذا دخلت الهدية له من الباب خرجت الامانة من الكوة وقدمنا عن الاقطع الفرق بين الهدية والرشوة أن الرشوة ما كان معها شرط الاعانة بخلاف الهدية وفي خزانة المفتين مال يعطيه ولا يكون معها شرط والرشوة مال يعطيه بشرط أن يعينه وذكر الهدية في الكتاب ليس احترازا بل اذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية وانما يقبل هدية القريب لما فيها من صلة الرحم وردها قطيعة وهي حرام وأطلقه وهو مقيد بالمحرم فخرج ابن العم مثلا ومقيد بان لا تكون له خصومة وانما يقبل ممن له عادة للعلم بانها ليست للقضاء وله شرطان أن لا يكون له خصومة وأن لا يزيد على العادة فيرد الكل في الاول وما زاد عليها في الثاني وقيده فخر الاسلام بان لا يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله لا بأس بقبوله وظاهر العطف في كلام المصنف يقتضي أنه يقبل من القريب وان لم تكن له عادة بالاهداء وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه كالاجنبي لا بد أن يكون له عادة والا فلا يقبلها منه الا أن يكون لفقره ثم أيسر لان الظاهر أن المانع ما كان الا الفقر على وزان ما قاله فخر الاسلام في الزيادة والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقا ومن لا خصومة له فان كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد والا فلا وفي تهذيب القلانسي ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم أو من وال تولى الامر منه أو وال مقدم الولاية على القضاء اه فعلى هذا له أن يقبلها من السلطان ومن حاكم بلده المسمى الآن بالباشاه واقتصر في التتارخانية على من ولاه وفي فتح القدير وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي اه فظاهره أنه يحرم قبولها على الوالي والمفتي وليس كما قال فقد قال في الخانية ويجوز للامام والمفتي قبول الهدية واجابة الدعوة الخاصة لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم وانما يمتنع عنه القاضي اه الا أن يراد بالامام امام الجامع وفي التاتارخانية من خصوصياته عليه الصلاة والسلام ان هداياه له وفيها ضم الواعظ الى المفتي معللا بانه انما يهدى الى العالم لعلمه بخلاف القاضي وأشار المصنف الى أن القاضي لا يبيع ولا يشتري في مجلس القضاء وغيره وهو الصحيح لان الناس يساهلونه لاجل القضاء كذا في الخانية هذا اذا كان يكفي المؤنة من بيت المال أو يعامل من يحابيه والا لا يكره ولو باع مال المديون أو الميت لا يكره كذا في البزازية وفي فتح القدير ويجب أن يكون هدية المستقرض للقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فاهدى الى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اه وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا (قوله ودعوة خاصة) أي يردها فلا يحضرها لانها جعلت لاجله أطلقه فشمل ما اذا كان الداعي لها القريب وذكر الطحاوي أن هذا قولهما وقال محمد يجيبها وذكر الخصاف أنه يجيبها بلا خلاف واختاره المؤلف في الكافي وانما ترك التقييد به في المختصر اعتمادا على ما استثناه في الهدية فالاحسن أن يقال ولا يقبل هدية ودعوى خاصة الا من محرم أو ممن له عادة فان للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية فلو كان من عادته الدعوة له كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما أكثر من الاول لا يجيبه الا أن يكون ماله قد زاد كذا في التاتارخانية

ودعوة خاصة

(قوله وكل من عمل للمسلمين عملا الخ) قال في النهر الظاهر ان المراد بالعمل ولاية ناشئة من الامام أو نائبه كالساعي والعاشر اه وبه يندفع مخالفته لما في الخانية بالنسبة الى المفتي تامل (قوله وفي التتارخانية من خصوصياته عليه السلام ان هداياه له) ذكر الخصوصية يفيد انه ليس لامام غيره صلى الله تعالى عليه وسلم قبولها والا انتفت الخصوصية تامل ثم رأيته في النهر بحث كذلك وهذا يؤكد حمل الامام في كلام الخانية على امام الجامع

قيد بالخاصة احترازا عن العامة فان له أن يحضرها بشرط أن لا يكون لصاحبها خصومة واختلف في الخاصة والعامة فقيل مادون العشرة خاصة والعشرة ومافوقها عامة واختار في الهداية أن الخاصة هي مالو علم صاحبها أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي يتخذها وان لم يحضرها وحكى عن أبي علي النسفي أن العامة دعوة العرس والختان وماسواهما خاصة وفي فتح القدير عندي أنه حسن لان الغالب أن العامة هاتان وربما مضى عمر ولم نعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا هاتين الخصلتين أو بخصوص من الناس أو لكونه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا وتكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ماذكر النسفي اه وعندي انه ليس بحسن لان العامة عرفا لا تنحصر في هاتين لان العقيقة كذلك وكذا طعام القدوم من سفر الحج وفي زماننا يصنع طعام عام في العيدين فالمعتمد مافي الهداية وفي السراج الوهاج أنه أصح ماقيل في تفسيرها اه واختاره شمس الائمة السرخسي كما في المعراج وفي الخلاصة وهو الصحيح وجزم به قاضيخان في فتاواه بقوله وانما يعرف الخاص من العام الى آخره ولم يحك غيره فما قاله النسفي ليس بضابط فضلا عن كونه اضبط وكونها لا يعملها الا لاجل القاضي ليس يخفى وبعضه يعلم بالتصريح وبعضه يعلم بالقرائن كالصريح (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان هذا من حق المسلم على المسلم ففي الحديث للمسلم على المسلم ست حقوق اذا دعاه يجيبه واذا مرض يعوده واذا مات يحضره واذا لقيه يسلم عليه واذا استنصحه ينصحه واذا عطس يشمته كذا في النهاية وهو لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وانما يعوده بشرط أن لا خصومة له والا فلا (قوله وليسو بينهما جلوسا) أي يجب على القاضي التسوية بين الخصمين في الجلوس للحديث اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر رواه اسحق بن راهويه وبمثله رواه الدارقطني ولان في عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر فيجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا أطلق في التسوية بينهما فشمل الشريف والوضيع والاب والابن والصغير والكبير والحر والعبد والسلطان وغيره ولذا قال في النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما اه وهذا دليل على أن القاضي يقضي على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي رضي الله عنه وشمل المسلم والذمي فيسوي بينهما كما في فتاوى قارئ الهداية وقيد بالجلوس لانه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب وان كان أفضل فقد حكى في الولوالجية أن أبا يوسف وقت موته قال اللهم انك تعلم اني لم أمل الى أحد الخصمين حتى بالقلب الا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى ومما حكى عن أبي يوسف ان خادما من أكبر خدام الخليفة جاء مع خصمه للدعوى فترافع على خصمه فامره أبو يوسف بالمساواة فلم يمتثل فقال القفا يا غلام ائتني بعمرو النخاس يبيع هذا الخادم وأرسل ثمنه الى أمير المؤمنين فاستوى وانقضت الدعوى فذهب الخادم الى الخليفة وقص عليه ماجرى وبكى بكاء شديدا فقال له لو باعك لاجزت بيعه ولم أردك الى ملكي رحمه الله تعالى وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم

و يشهد الجنازة و يعود المريض وليسو بينهما جلوسا

(قوله وعندي انه ليس بحسن الخ) قال في النهر وأنت خبير بان هذا بعد ان ادعى أن الغالب كون الدعوة العامة هاتين غير وارد

تعظيماله ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما وتقف أعوان القاضي بين يديه فيكون أهيب وقدمنا الخلاف بين الشيخين في ابتداء القاضي لهما بالسؤال وفي فتح القدير هنا والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود ولا يتعجل على الخصوم ولا يخوفهم وينبغي أن يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس عن التقدم اليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي (قوله وليتق عن مسارة أحدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته) أي وليجتنب عن هذه الاشياء لان فيها تهمة ومكسرة لقلب الآخر والمسارة من ساره في أذنه وتساروا وتناجوا كذا في القاموس والمعنى أنه يجتنب الكلام معه خفية قيد به اذ كر لانه لا يلزمه اجتناب ميل قلبه الى أحدهما لانه ليس في وسعه كالقسم وفي الولوالجية ولا ينبغي للذي يقوم بين يدي القاضي أن يسار أحدا من الخصمين في مجلس الحكم لانه نائب القاضي اهـ وأما منعه من ضيافة أحدهما فما رواه الحسن فقال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما فرغ قال اني أريد أن أخاصم قال له تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه قيد بضيافة أحدهما لان له أن يضيفهما معا لما روينا (قوله والمزاح) أي وليتق المزاح في المصباح مزح مزحا من باب نفع ومزاحة بالفتح والاسم المزاح بالضم وهو الدعابة والمزاحة المرة ومازحت مزاحا من باب قاتل قتالا اهـ وفي الصحاح الدعابة بالضم المزاح من دعب لعب اهـ فعلى هذا المزاح اللعب وأشار الى أنه لا يضحك في وجه أحدهما فلا يقوم له اذا قدم بالاولى فلو قال المصنف والمزح لكان أولى لانه يجتنب المزح سواء مازحه أحد أولا وسواء كان مع أحد الخصمين أو مع غيرهما ومراده اذا كان في مجلس الحكم وأما في غيره فلا يكثر منه لانه يذهب بالمهابة (قوله وتلقين الشاهد) أي يجتنبه لان فيه اعانة لاحدهما على الآخر أطلقه فشمل ما اذا كان في موضع تهمة أولا واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يقول اعلم مكان أشهد لمهابة المجلس وهو نوع رخصة عنده رجع اليه بعدما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة وفي فتح القدير وظاهر الجواب ترجيح ما عن أبي يوسف وفي القنية من باب المفتي والفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته وكذا في البزازية من القضاء والتلقين أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به علما وذكر الصدر ان منه أن يقول له كيف تشهد وانما يقول له بم تشهد وأما افتاء القاضي فالصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره لكن لا يفتي أحد الخصمين كذا في خزانة الفتاوى وفي الملتقط فأما اليوم فقد ظهرت المذاهب الا اذا كانت مسئلة لا يعرف جوابها في مذهب القاضي اهـ قيد بالشاهد لبيان أنه لا يلقن المدعي بالاولى وفي الخانية ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول أبي يوسف

﴿فصل في الحبس﴾ قدمنا أنه مما يملكه القاضي على الممتنع عن ايفاء الحق وتعزيرا فكان من عمله فذكره فيه وهو في اللغة المنع وهو مصدر حبسه من باب ضرب ثم أطلق على الموضع وجمع على حبوس مثل فلس وفلوس كذا في المصباح ودليله الكتاب أو ينفوا من الارض والمراد منه الحبس والسنة حبسه عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة والاجماع عليه وكان في المسجد الى زمن علي رضي الله عنه فبنى سجنا وهو أول من بناه في الاسلام وسماه نافعا ولم يكن حصينا لكونه من قصب فانفلت الناس منه فبنى آخر وسماه مخيسا وكان من مدر وفي ذلك يقول علي

وليتق عن مسارة أحدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته والمزاح وتلقين الشاهد

﴿فصل﴾

﴿فصل في الحبس﴾

ألا تراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا * بابا حصينا وأمينا كيسا

وفي رواية حصنا حصينا وفي رواية بدلت بدل بنيت وفي رواية بابا شديدا وفي رواية وأميرا بدل أمينا والمخيس بالخاء المعجمة والتاء المثناة الفوقية موضع التخييس بياءين وهو التذليل وروي بكسر الياء لانه يذلل من وقع فيه والكيس حسن التأني في الامور والكيس المنسوب الى الكيس المعروف به وأمينا أراد ونصبت أمينا يعني السجان كقوله متقلدا سيفا ورمحا كذا في الفائق وصفة الحبس أن يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس الا أقاربه وجيرانه ولا يمكثون ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل وفي الخلاصة يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفي غيرهم لا يخرج وعليه الفتوى اه وتعقبه في فتح القدير بان محمدا نص على خلافه وقد يدفع بان نص محمد في المديون اصالة والكلام في الكفيل ولا لمجيء رمضان والعيدين ليضجر قلبه ويوفي ولا لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج لقرابة الولاد وان مرض مرضا أضناه فان وجد من يخدمه لا يخرج والا أخرج بكفيل والا لا يطلقه وحضرة الخصم ليست شرطا ولا يخرج للمعالجة لامكانها في السجن ولا يمنع من الجماع ان احتاج اليه فتدخل امرأته أو جاريته عليه ان كان فيه موضع سترة واختلفوا في منعه من الكسب والاصح المنع كذا في الخلاصة ولا يضرب المديون ولا يقيد ولا يغل ولا يجرد ولا يؤاجر ولا يقام بين يدي صاحب الحق اهانة وفي المنتقى اذا خاف فراره قيده كذا في البزازية وفيها اذا خيف أنه يفر من السجن يحول الى سجن اللصوص واذا جلس المحبوس في السجن متعنتا لا يوفي المال قال الامام الارسابندي يطين الباب ويترك له ثقبة يلقى منها الماء والخبز وقال القاضي الرأي فيه الى القاضي اه وفي الخانية اذا كان للمحبوس ديون على الناس فان القاضي يخرجه ليخاصم ثم يحبس اه وصرحوا في كتاب الظهار أنه اذا امتنع من التكفير مع قدرته يضرب وصرحوا في كتاب النفقات أنه لو امتنع من الانفاق على قريبه يضرب بخلاف سائر الديون اه وعن أبي يوسف أن القاضي يؤجره لقضاء دينه وعليه حمل ما في الحديث من أنه باع حرا في دينه أي أجره وتعيين مكان الحبس للقاضي الا اذا طلب المدعي مكانا آخر لما في القنية ادعى على بنته مالا وأمر القاضي بحبسها فطلب الاب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي الى ذلك وكذا في كل مدع مع المدعى عليه اه وفي المحيط ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا لوقوع الفتنة (قوله واذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فان أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة) لانه جزاء الظلم وقد صار ظالما بمنعه أطلقه وقيده في الهداية بالقاضي فظاهره أن المحكم لا يحبس ولم أره الآن صريحا أطلق الثبوت فشمل ما اذا كان ببينة أو باقرار وفرق بينهما في الهداية بانه اذا ثبت بالبينة عجل حبسه لظهور المطل بانكاره والا لم يعجل فاذا امتنع حبسه وهو المذهب عندنا وعكسه شمس الائمة السرخسي لانه اذا ثبت بالبينة ربما تعلل بانه لم يعلم به الا الآن وقد فرق الحلواني بين ما ثبت بالبينة فيخبره القاضي أنه يريد القضاء ويقول ألك مخرج وبين ما ثبت بالاقرار فلا يعلمه وتمامه في

مختار الصحاح والمهاد الفراش ومهد الفراش بسطه ووطأه وبابه قطع (قوله وقد يدفع بان نص محمد الخ) قال في النهر هذا سهو وذلك انه نقل في الخلاصة يخرج بالكفيل فسقطت الباء في نسخته اه وذكر نحوه الرملي ثم قال والعجب ان البزازي وقع في ذلك فقال وذكر

واذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فان أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة

القاضي ان الكفيل يخرج لجنازة الوالدين الخ والذي في فتاوى القاضي يخرج بالكفيل (قوله فظاهره ان المحكم لا يحبس) كذا قال في النهر أيضا وفي حاشية أبي السعود عن الحموي صرح صدر الشريعة بان المحكم يحبس (قوله وهو المذهب عندنا) كذا قاله في شرح أدب القضاء أيضا وذكر ان التسوية بينهما في انه لا يحبسه في أول وهلة (قوله وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف) والاحسن اطلاق الكتاب من الامر بالايفاء مطلقا فلا يعجل بحبسه وذكر الشارح ان الصواب انه لا يحبسه كذا في بعض النسخ وفي بعضها وتمامه في شرح أدب القضاء للخصاف انه لا يحبسه وعليها كتب الرملي مستشكلا لها وقد علمت ما فيها من السقط شرح

شرح أدب القضاء للخصاف والاحسن اطلاق الكتاب من الامر بالايفاء مطلقا فلا يعجل بحبسه وذكر الشارح أن الصواب أنه لا يحبسه حتى يسأله فان أقر ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه والاسأل المدعى عن البينة ان له مالا فان برهن أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز واختلفا فالقول للمدعى فى الاشياء الاربعة وللمدعى عليه فى غيرها اه ونقله فى البناية عن الخصاف وهو خلاف المذهب ولكن يسأل المدعى عن ماله اذا طلب المديون اجماعا كذا فى شرح الصدر أطلق الحق فشمل القليل والكثير ولو دانقا وهو سدس درهم ولو قال حبسه بطلب المدعى لكان أولى كما ذكره قاضيخان وقال شريح يحبسه من غير طلبه كذا فى البناية ولو قال المديون أبيع عرضى وأقضى دينى أجله القاضى ثلاثة ولا يحبسه ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضى الدين ولو بثمن قليل ان وجد المديون من يقرضه ليقضى به دينه فلم يفعل فهو ظالم كذا فى البزازية وفى كراهية القنية ولو كان للمديون حرفة تفضى الى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اه وأطلق الثمن فشمل الاجرة الواجبة لانها ثمن المنافع وشمل ما على المشترى وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة أو خيار وشمل رأس مال السلم بعد الاقالة وما اذا قبض المشترى المبيع أو لا ولا شك فى دخول الاجرة تحت قولهم أو التزمه بعقد ان لم تجعل ثمن المنافع ويتفاوت الحال فان دخلت تحت ما كان بدل مال حبسه عليها على فتوى قاضيخان أيضا والا لم يحبس عليها على ما أفتى به ولم أر من صرح بها لكن لم يذكر المؤلف حبسه على العين المغصوبة هنا وذكره فى كتاب الغصب بنفى الامانات اذا امتنع الامين من دفعها غير مدع لهلاكها فانه يحبس عليها وصارت مغصوبة وما فى تهذيب القلانسى وهو اذا ثبت الحق باقرار أو بحكم بنكوله أو بينة فطل المطلوب عن تسليمه وطلب الطالب حبسه أمره بحبسه فى كل عين يقدر على تسليمها وفى كل دين لزمه بدلا عن مال كثمن المبيع وبدل القرض والمغصوب ونحوه أو بالتزامه بعقد كالمهر والكفالة اه أولى كما لا يخفى ولشموله الحكم بالنكول بخلاف من قيد ثبوت الحق بالبينة أو الاقرار وأشار المؤلف الى حبس الكفيل والاصيل معا الكفيل بما التزمه والاصيل بما لزمه بدلا عن مال وللكفيل بالامر حبس الاصيل اذا حبس كذا فى المحيط وفى البزازية يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والاصيل وكفيل الكفيل وان كثروا اه والى تعدد حبسه لتعدد الطالب فلو حبس بدين ثم جاء آخر وادعى الدين عليه أخرجه من الحبس وجمع بينه وبين المدعى فان برهن على دعواه كتب اسمه واسم الاول ثم ان برهن آخر كتب اسمه أيضا وحبسه للكل ويكتب التاريخ أيضا كذا فى البزازية وأطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمى والمستأمن وعكسه وفى البزازية لهما على رجل دين لاحدهما أقل وللآخر الاكثر لصاحب الاقل حبسه وليس لصاحب الكثير اطلاقه بلا رضاه وان أراد أحدهما اطلاقه بعد ما رضيا بحبسه ليس له ذلك وفى القنية حبس لصاحب الدين الاقل فلصاحب الدين الاكثر اطلاقه ليكتسب ويؤدى له اه والى أنه لا يحبس مع المديون أحد غير كفيله فاذا لزم حبس المرأة لا يحبسها مع الزوج وتحبس فى بيت الزوج كذا فى البزازية فاذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه كذا فى الخلاصة وفى مآل الفتاوى اذا خيف عليها الفساد اختار المتاخرون حبسها معه اه وفى خزانة الفتاوى استحسن بعض المتأخرين أن تحبس معه اذا كان مخوفا عليها اه وفى البزازية واستحسن بعض المتاخرين أن تحبس المرأة اذا حبس الزوج وكان قاضى شاه لامش يحبسها معه صيانة لها عن الفجور اه وقيد المهر بالمعجل لانه لا يحبس فى المؤجل ويصدق فى الاعسار وعليه الفتوى وفى الاصل لا يصدق فى الصداق بلا فصل بين مؤجله

(قوله ولكن يسأل المدعى عن ماله الخ) قال الرملى يعنى أن يسأل المديون من القاضى أن يسأل صاحب الدين أله مال سأله القاضى بالاجماع اه قلت وسيأتى فى أثناء القولة الآتية لو قال المديون حلفه انه ما يعلم انى معسر يجيبه الخ (قوله كثمن المبيع وبدل القرض) مثال لقوله فى كل دين لزمه بدلا عن مال وقوله والمغصوب مثال لقوله فى كل عين الخ فالمراد عين المغصوب لا بدله

(قوله ثم اعلم ان قاضيخان فى الفتاوى رجح الاقتصار على الاول الخ) قال الرملى قال الطرسوسى فى أنفع الوسائل قال القاضى فخر الدين الفتوى على انه ان كان الدين وجب بدلا عما هو مال فالقول قول مدعى اليسار وان كان وجب بدلا عما ليس بمال فان وجب بعقد باشره باختياره فكذلك لوجود دليل اليسار وهو المبادلة والتزامه الدين باختياره والا فالقول قول مدعى الاعسار لانعدام دليل اليسار اه وفى النهر ثم ما جرى عليه المصنف تبعا للقدورى قال الامام قاضيخان ان عليه الفتوى كذا فى أنفع الوسائل معزيا الى الفتاوى الكبرى للخاصى وهذا ليس من فتاواه وانما الذى فيها ان كل ما هو بدل كثمن المبيع و بدل القرض لا يقبل قوله و يقبل قوله فيما عداه وعليه الفتوى اه وهذا اختيار البلخى (قوله وذكر الطرسوسى انه المذهب) حيث قال فتحرر لنا من هذا القول كله ان المذهب المفتى به

لا فى غيره ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى

ان القول فيما لزم المديون ببدل هو مال أو بعقد وقع باختياره قول المدعى لا قول المديون اه (قوله وبه علم ان ما فى المختصر خلاف ظاهر الرواية والمفتى به) قال الرملى أما كونه خلاف ظاهر الرواية فلما فى المحيط وأما كونه خلاف المفتى به فلما فى قاضيخان مع ان قاضيخان قال الفتوى على ان ما وجب بعقد باشره باختياره القول قول مدعى اليسار تأمل ولكن ما فى المختصر عليه أصحاب المتون وذكر الطرسوسى انه المذهب المفتى به فلقائل أن يقول ليس على خلاف المفتى به فتأمل (قوله وبدل المغصوب) أى لا عينه فلا يخالف ما مر عن القلانسى وفى المنح عن أنفع الوسائل جعل ذلك فى الاقرار بالغصب أى لا فى المثبت بالبرهان ونصه وفى أنفع الوسائل قوله وبدل المغصوب معناه اذا اعترف بالغصب وقال انه فقير وقال المغصوب منه موسر وتصادقا على الهلاك أو حبس لاجل العلم بالهلاك كان القول قول الغاصب فى العسرة لا قول المغصوب منه هكذا ذكره العتابى وتاج الشريعة وحميد الدين الضرير فيما نقلناه عنهم اه (قوله وذكر الطرسوسى الخ) اعلم ان الطرسوسى نقل عن عدة كتب ان القول للمدعى فيما كان

ومحله كذا فى البزازية ثم اعلم أن قاضيخان فى الفتاوى رجح الاقتصار على الاول فقال وقال بعضهم وان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار مروى ذلك عن أبى حنيفة وعليه الفتوى لان قدرته كانت ثابتة فى المبدل فلا يقبل قوله فى زوال تلك القدرة وان لم يكن الدين بدلا عما هو مال فالقول للمديون وقال بعضهم ما وجب بعقده لم يقبل قوله وان لم يكن بدلا عما هو مال اه فقد علمت ان الفتوى على الاول وهو انه لا يحبس الا فيما كان بدلا عن مال فلا يحبس فى المهر والكفالة على المفتى به وهو خلاف مختار المصنف تبعا لصاحب الهداية وذكر الطرسوسى فى أنفع الوسائل انه المذهب المفتى به فقد اختلف الافتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال والعمل على ما فى المتون لانه اذا تعارض ما فى المتون والفتاوى فالمعتمد ما فى المتون كما فى أنفع الوسائل وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى وقيل القول للمديون فى الكل وقيل للدائن فى الكل وقيل يحكم الزى الا فى الفقهاء والعلوية والزى كما فى القاموس بالكسر الهيئة والجمع ازياء اه وصححه الكرابيسى فى الفروق وفى المحيط انه ظاهر الرواية وبه علم ان ما فى المختصر خلاف ظاهر الرواية والمفتى به وأطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبى المحجور فانهم يحبسون لكن الصبى لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس والده أو وصيه فان لم يكونا أمر القاضى رجلا ببيع ماله فى دينه كذا فى البزازية (قوله لا فى غيره ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أى لا يحبسه فى غير ما ذكرنا مما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد ان ادعى انه معسر لان الاصل فى الآدمى العسرة والمدعى يدعى أمرا عارضا وهو الغناء فلم يقبل منه الا ببينة ويدخل تحت الغير تسع صور بدل الخلع وبدل عتق نصيب الشريك وبدل المغصوب ونفقة الزوجات ونفقة الاقارب وأروش الجنايات وبدل دم العمد وما تأخر من المهر بعد الدخول وبدل المتلفات وذكر الطرسوسى وأخطأ صاحب المختار فى نقل الحكم فى الخلع فانه جعله مع ثمن المتاع والقرض وقال القول قول رب الدين ولا يلتفت الى ما قاله المديون وهو المرأة أو الاجنبى اه وقد يقال ان بدل الخلع مما التزم بعقد فان الخلع بمال عقد بايجاب وقبول ويشكل بدل الصلح عن دم العمد فانهم جعلوا فيه القول قول المديون مع انه التزمه بعقد وكذا يشكل مؤجل المهر فانه التزمه بعقد وهو نظير الكفالة بالدرك فان مقتضى اطلاقهم الكفالة وما التزمه بعقد أن لا يقبل قوله فيها ومقتضى تقييد المهر بالمعجل قبول قوله لانها كالمهر المؤجل لانها لا تلزمه الا بعد استحقاق المبيع وذكر الطرسوسى

فان

بدل مال لا فى غيره كالمهر و بدل الخلع ونقل عن عدة كتب أخر ان القول للمدعى فيما كان بدل مال أو التزمه بعقد كالمهر و بدل الكفالة وعن بعض الكتب القول للمدعى فيما التزمه بعقد باشره لا بما لزمه حكما بدون مباشرة عقد قال وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال أو غيره قلت وأنت خبير بان الالتزام بعقد يشمل قولهم ما كان بدل مال فيكون قولهم أو التزمه بعقد من عطف العام على الخاص ثم لا يخفى ان ذكرهم المهر مع بدل الخلع يشعر باتحاد حكمهما على اختلاف القولين فمن قال ان ما ليس بدل مال كالمهر يصدق فيه يلزمه أن يقول ان الخلع كذلك لانه لا فرق بينهما فان كلا منهما التزمه بعقد باشره والعلة تشملهما فان هذا القائل يقول ما قبضه من المبيع والقرض دليل يساره بخلاف ما التزمه بالعقد ومن قال ان ما التزمه بالعقد كذلك

فان ادعى المديون انه لزمه بما ليس بمال وادعى الدائن انه ثمن متاع لم يذكرها الاصحاب وينبغى أن يكون القول فيها قول المديون الا أن يقيم رب الدين البينة اهـ وفى نفقات البزازية وان لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضى أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال وان سأل كان حسنا فان سأل فاخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالاخبار وان قالا سمعنا انه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضى اهـ ولو قال المديون حلفه انه ما يعلم انى معسر يجيبه القاضى الى ذلك ويحلفه انه ما يعلم اعساره فان حلف حبسه بطلبه وان نكل لا يحبسه كذا فى البزازية معزيا الى الحلوانى والمراد بقوله غناه قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل فان علم القاضى عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لا يحبسه كذا فى البزازية وقياس الاولى انه لو كان له مال غائب لا يحبسه وقوله بما رأى أى لا تقدير لمدة حبسه وانما هو مفوض الى رأى القاضى لانه للضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة وقدره فى كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة وفى رواية الحسن باربعة وفى رواية الطحاوى بنصف الحول والصحيح ما ذكره المصنف كما فى البزازية فلو رأى القاضى اطلاقه بعد يوم فظاهر كلامهم ان له ذلك قال فى المحيط ان شاء يسأل عنه قبل مضى شهر اهـ وذكر الصدر الشهيد ان كان الرجل لينا أو صاحب عيال وشكى عياله الى القاضى حبسه شهرا ثم سأل عنه وان كان وقحا حبسه ستة أشهر ثم سأل عنه وهذا اذا كان حاله مشكلا عند القاضى والا عمل بما ظهر له (قوله ثم يسأل عنه) أى يسأل القاضى عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فان قامت بينة على اعساره أطلقه ولا يحتاج الى لفظ الشهادة وشرطه فى الصغرى والعدل الواحد يكفى والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحالته ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فان كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل كذا فى البزازية قال الطرسوسى والمستور كالعدل وأما الفاسق فلا يقبل خبره وتعقب الزيلعى فى ذكر العدالة وانه من كلامه لانه نقل المذهب اهـ وفيه نظر لقوله فى الخلاصة والبزازية وانما يسأل من الثقات اهـ وهم العدول فليس ذكرها من كلامه ثم اعلم ان قولهم ان الواحد يكفى مقيد بما اذا لم يكن الحال حال منازعة أما اذا كان حال منازعة بان ادعى المطلوب انه معسر وادعى الطالب

يقول ان اقدامه على العقد دليل قدرته فاعتبر هذا القائل الاقدام على العقد دليلا للقدرة ولا شك ان الخلع كذلك ولذا فصل بين المهر المعجل والمؤجل فان المؤجل لا يعتبر دليلا على القدرة

ثم يسأل عنه

لعدم التزام دفعه حالا بخلاف المعجل نعم يبقى الاشكال فى بدل الصلح عن دم العمد فانه ملتزم بعقد ولم يجعلوه دليل القدرة ويمكن الجواب بانه التزمه احياء لنفسه ليدفع عنها القصاص فيكون بمنزلة المكره على ذلك العقد فلا يلزم منه قدرته على ما التزمه به (قوله قال فى المحيط ان شاء سأل عنه الخ) ومثله ما فى شرح أدب القضاء وهذا معنى قول محمد

بعد ذكر التقدير هذا اذا أشكل على أمره أفقير أم غنى أما اذا لم يشكل أمره سألت عنه عاجلا يعنى اذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الافلاس وأخلى سبيله اهـ (قوله وان كان وقحا) سيأتى تفسير الوقاحة قبيل قوله وبينة اليسار أحق (قوله قال الطرسوسى والمستور كالعدل) أقول نص عبارته بعد تعقيبه كلام الزيلعى الآتى والاحسن عندى أن يقال ان كان رأى القاضى موافقا لقول هذا الواحد المستور فى العسرة يقبله وان لم يكن موافقا بمعنى ان القاضى لا رأى له فى هذا الوقت فى حال هذا المحبوس لا من جهة العسرة ولا اليسرة فيشترط أن يكون المخبر بالعسرة عدلا كما قالوا فى الاخبار بالعزل عن الوكالة فانه بالاجماع اذا أخبر الوكيل فاسق بالعزل وصدقه الوكيل فيما أخبره به من العزل انه يعزل (قوله فليس ذكرها من كلامه) قلت بل قد رأيت

انه موسر فلابد من اقامة البينة كذا في السراج الوهاج معزيا الى النهاية وظاهر اطلاق المصنف ان الحبس أولا ثم السؤال في حق كل أحد ولكن في البزازية ان كان أمر المديون ظاهرا عند الناس فالقاضي يقبل بينة الاعسار ويخليه قبل المدة التي يذكرها وان كان أمره مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان اه وفي الملتقط قال أبو حنيفة لا أسال عن المعسر وأحبسه شهرين أو ثلاثة ثم أسال عنه الا اذا كان معروفا بالعسرة فلا أحبسه اه وفيه أيضا ولو معسرا عليه دين وله على موسر دين يعلم به القاضي يحبس المعسر حتى يطالب الموسر فاذا طالبه وحبس الموسر أطلق المعسر اه وفي البزازية ولو للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل وان علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فان حبس غريمه الموسر لا يحبسه اه وظاهر كلامهم أن القاضي لا يحبس المديون اذا علم ان له مالا غائبا أو محبوسا موسرا وانه يطلقه اذا علم باحدهما (قوله فان لم يظهر له مال خلاه) أي أطلقه من الحبس لان عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة الى الميسرة للآية فحبسه بعده يكون ظلما وظاهره انه يطلقه بلا كفيل قلت الا في مال اليتيم لما في البزازية ولو للميت على رجل دين وله ورثة صغار وكبار لا يطلقه من الحبس قبل الاستيثاق بكفيل للصغار اه وقدمنا انه يطلقه بكفيل اذا كان رب الدين غائبا وينبغي أن يكون مال الوقف كمال اليتيم فلا يطلقه القاضي الا بكفيل فهي ثلاثة مواضع مستثناة والكلام في اطلاقه جبرا على رب الدين فلو أطلقه رب الدين من غير بينة على افلاسه ورضي المحبوس جاز ولا يتوقف على حضور القاضي كما في البزازية الا في مال اليتيم فلا يطلقه الوصي وفي وصايا القنية حبس الوصي غريما بدين الصبي ليس له أن يطلقه قبل قضائه اذا كان موسرا وان رأى أن يأخذ منه كفيلا أو يطلقه فله ذلك ثم رقم آخر اذا كان معسرا جاز اطلاقه اه فتحرر ان المعسر يجوز اطلاقه اتفاقا وفي الموسر خلاف وقيدنا برضا المحبوس لما في القنية المحبوس بالدين أقام البينة على افلاسه فاراد رب الدين أن يطلقه قبل القضاء بافلاسه وأبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بافلاسه يجب على القاضي القضاء به حتى لا يعيده رب الدين ثانيا قبل ظهور غناه اه واذا أطلقه بلا بينة فله اعادته الى الحبس كما في أنفع الوسائل وأشار بقوله خلاه الى انه لا يحبسه مرة أخرى للاول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه لما في البزازية أطلق القاضي المحبوس لافلاسه ثم ادعى عليه آخر مالا وادعى انه موسر لا يحبسه حتى يعلم يسره اه وظهور عدم مال له بالشهادة بانه لا مال له وقال الخصاف يثبت الافلاس بقول الشهود هو فقير لا نعلم له مالا ولا عرضا يخرج به عن الفقر وعن الصفار يشهدون انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته وثياب ليلة واختبرناه سرا وعلنا اه وفي أنفع الوسائل ولا تكون هذه شهادة على النفي فان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بامر حادث لا بالنفي نبه عليه السغناقي اه واعلم ان الاخراج بمضي المدة مع اخبار واحد بحال المحبوس لا يكون من باب الثبوت حتى لا يجوز للقاضي أن يقول ثبت عندي انه معسر كذا في أنفع الوسائل وفي النوازل فقير لا شئ له ولا يجد من يكفله بنفسه لا يحبسه القاضي ويخلي بينه وبين الغريم ان شاء لازمه وان شاء تركه اه وفي الخانية فان أحضر المحبوس المال ورب الدين غائب يريد تطويل الحبس عليه فان كان القاضي يعلم بالدين ومقداره

التصريح بالعدالة في منية المفتي التي هي تلخيص الفتاوى الكبرى للخاصي والسراجية (قوله هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان) قال في شرح أدب القضاء في احدى الروايتين تقبل وبه كان يفتي الشيخ الامام أبو محمد بن الفضل رحمه الله وكان يقول له رواية في كتاب الكفالة وفي رواية لا تقبل نص عليه صاحب الكتاب في آخر الباب وبه كان يفتي عامة المشايخ وهو الصحيح فان أحضر المدعى عليه بينة بعد الحبس قبل هذا الوقت الذي ذكرنا بالعدم

فان لم يظهر له مال خلاه

فشهدوا عند القاضي بذلك قال صاحب الكتاب قبل القاضي ذلك وأخرجه عن الحبس وفلسه اه وتمامه فيه (قوله وفي البزازية ولو للمحبوس مال في بلد آخر الخ) مكرر مع ما قدمه في المقولة قبل هذه (قوله اذا علم ان له مالا غائبا أو محبوسا موسرا) قال الرملي الضمير في له راجع للمديون وموسرا نعت لمحبوسا والمعنى ان المديون المعسر اذا كان له مال غائب أو كان له محبوس بدين ومحبوسه موسر لا يحبسه القاضي تامل (قوله واذا أطلقه بلا بينة فله اعادته الى الحبس كما في أنفع الوسائل) قال في النهر لم أجده فيه ويجب حمله على ما اذا وقعت خصومة بلا بينة أما اذا لم تقع فليس له أن يعيده لان هذا الامر منوط برأيه وقد علمت ان السؤال وصاحبه ليس بواجب وانما هو احتياط فاذا اقتضى رأيه اطلاقه فليس له أن يعيده بعد ذلك ويدل عليه ما في البزازية أطلق القاضي

وصاحبه فان شاء أخذ المال وخلاه وان شاء أخذ منه كفيلا ثقة بالمال والنفس وخلى سبيله ولو مات الطالب والقاضي الذي حبسه وارثه لا غير قال بعضهم يخلى سبيله كي لا يتهمه الناس وقال بعضهم يتركه في السجن حتى يقضي الدين اه (قوله ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي لا يمنعهم من ملازمته عند الامام وقالا بالمنع عنها لكونه منظرا بانظار الله تعالى وهي أقوى من انظار العبد بالتأجيل ومعه لا ملازمة وله انه منظر الى قدرته على الايفاء وهو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه والدين حال بخلاف الاجل لانه لا مطالبة له قبل مضيه ولو كان المديون قادرا فظهر الفرق وبطل القياس ولذا قال في أنفع الوسائل ان الصحيح قوله دائما هو الصحيح وفي المحيط انه ظاهر الرواية وأحسن الاقاويل في الملازمة ما روى عن محمد انه قال يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء ولا من العشاء ولا من الوضوء والخلاء وله أن يلازمه بنفسه واخوانه وولده ومن أحب والصحيح ان الرأى فيه الى صاحب الدين ان شاء لازمه بنفسه وان شاء بغيره ولا عبرة بالمديون في رأيه وفي المحيط قالوا لا يلازمه بالليالي لان الليالي ليست بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لو كان الرجل يكتسب في الليالي قالوا يلازمه في الليالي هكذا قال الفقيه أبو جعفر اه وفي البزازية لا يلازمه في موضع معين لانه حبس ولا يمنعه من دخول بيته لغائط أو غداء الا اذا أعطاه الدائن وأعدله مكانا للغائط وان كان عمل المديون السعي ولا يمنعه اللزوم من ذلك لازمه الا اذا أعطاه نفقته ونفقة عياله فله اذا منعه من السعي ولو أبى المديون ملازمة الغريم وقال اجلس مع الدائن له ذلك وليس للدائن أن يجلسه في الشمس أو على الثلج أو في مكان يتضرر به ولو طلب المطلوب الحبس والطالب الملازمة لازمه وملازمة المرأة أن تلازمها امرأة فان لم يوجد حبسها في بيت مع امرأة وجلس هو على الباب أو المرأة في بيت نفسها وهو على الباب وليس له غير ذلك وعن محمد المرأة يلازمها الرجال بالنهار في موضع لا يخاف عليها الفساد ولا يخلون بها وبالليل يلازمها النساء وفي الواقعات عليها حق له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لان هذا ليس بحرام فان هربت الى خربة اذا كان يأمن على نفسه يدخل عليها ويكون بعيدا منها لحفظ نفسه لان له ضرورة في هذه الخلوة كما قالوا فيمن هرب بمتاع انسان ودخل داره له أن يدخل عقيبه ليأخذه ولو ادعى على آخر مالا ولم يجلس القاضي أياما لازم خصمه أياما وان طال اه وفي الهداية لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب الا اذا علم القاضي ان بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر اه وفي البزازية ويجوز الجلوس في المسجد لغير الصلاة للملازمة الغريم قال القاضي المذهب عندنا انه لا يلازمه في المسجد لانه بنى لذكر الله تعالى وبه يفتى وفيها أيضا ان كان في ملازمة الغريم ذهاب قوته كلف أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلى سبيله وللطالب ملازمة الغريم بلا أمر القاضي ان كان مقرا بحقه (قوله ورد البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة نفي فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على وجه الوجوب وما ذكره في الكتاب هو ما اختاره عامة المشايخ كما في الهداية وهو الصحيح كما في النهاية وروى عن محمد قبولها وبه كان يفتي الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وفي الخانية وينبغي أن يكون مفوضا الى القاضي ان علم انه وقح لا تقبل بينته قبل الحبس وان علم انه لين قبلت بينته وفسر الطرسوسي الوقاحة بالاغلاظ على المدعي في القول واللين بالتلطف فيه ونظيره ما قال الخصاف في تعيين مدة الحبس ان كان المديون سمحا يأخذ القاضي برواية الكفالة من التقدير

ولم يحل بينه وبين غرمائه ورد البينة على افلاسه قبل حبسه

والمحبوس لافلاسه ثم ادعى عليه آخر مالا وادعى انه معسر لا يحبسه حتى يعلم غيره (قوله وارثه) أي وارث الطالب (قول المصنف ورد البينة على افلاسه قبل حبسه) قال الرملي هذا اذا كان أمره مشكلا أما اذا كان فقره ظاهرا يسأل القاضي عنه عاجلا ويقبل البينة على الافلاس ويخلي سبيله بحضرة خصمه اه ووقع التقييد باشكال أمره في عبارة البزازية كما قدمه المؤلف عند قوله ثم يسأل عنه وقدم هناك ان في المسئلة روايتين وقدمنا هناك ان ما هنا هو الصحيح وعليه عامة المشايخ

(قوله والظاهر انه بحث منه وليس بصحيح) قال في النهر وينبغي أن يكون معناه يعني ما في الفتح انه بين سبب الاعسار وشهدوا به وما في البحر مدفوع بانهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الاعسار الحادث وبينة الاعسار تحدث أمرا عارضا فقدمت اه فتامله وقال الرملي أقول بل هو فقه حسن ومجرد حدوث اليسار لا يمنع من ذلك اذ الكلام في قبول بينة الاعسار الحادث بعد ثبوت اليسار قبله غاية ما فيه ان استثناءه من تعارض البينتين مستدرك اذ لا تعارض والحال هذه وانما التعارض اذا قامتا في وقت واحد من غير تعرض للبعدية على انه لم يذكره بصريح الاستثناء من تعارض البينتين وانما قال وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعى انه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فانه تقدم لان معها علما بامر حادث وهو حدوث ذهاب المال اه فقوله اللهم الا أن يدعى الخ يجوز أن يكون لمجرد توهم يقع في المسئلة ذكر على سبيل الافادة المجردة لا على سبيل الاستثناء تامل اه قلت وقدمنا عن شرح أدب القضاء فان أحضر المدعى عليه بينة بعد الحبس قبل هذا الوقت الذي ذكرنا بالعدم فشهدوا عند القاضي بذلك قال صاحب الكتاب اقبل ذلك وأخرجه عن الحبس وأفلسه وقدم المؤلف في شرح قوله ثم يسأل عنه عن السراج الوهاج معزيا الى النهاية لو ادعى المطلوب انه معسر وادعى الطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة (قوله وتمامه في القنية) حيث قال لانها قامت للمحبوس وهو منكر والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل وقولهم انه موسر ليس كذلك فيقبل اه وحاصله انهم لو شهدوا وقالوا انه يملك العقار الفلاني مثلا وهو منكر لا تقبل لانه يقول لا أملك ذلك العقار وهم يشهدون له بانه يملكه والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل بخلاف ما اذا قالوا انه موسر لانهم لم يشهدوا له بملك شئ بعينه فلم تكن شهادة له بل عليه لاجل ادامة الحبس فتقبل تامل (قول المصنف لا في دين ولده) قال الرملي وقع الاستفتاء عن حبس الاب المكفول عنه لابنه اذا حبس الابن الكفيل هل للكفيل حبس الاب فرأيت بخط بعض الموالي انه اذا كان كفيلا عنه لا يحبس اذا حبس هو ونقله عن القهستاني في الكفالة وقال به يشعر قضاء الخلاصة وكتب ولذا

و بينة اليسار أحق وأبد حبس الموسر ويحبس الرجل لنفقة زوجته لا في دين ولده

بشهرين أو بثلاثة وان كان مفتيا أخذ بالاكثر كذا في البزازية (قوله و بينة اليسار أحق) أي من بينة الاعسار بالقبول عند التعارض لان اليسار عارض والبينة للاثبات وفي البزازية كبينة الابراء مع بينة الاقراض وفي الخانية وان شهدوا انه موسر قادر على قضاء الدين جاز وكفى ولا يشترط تعيين المال اه واستثنى في فتح القدير من تقديم بينة اليسار ما لو قال المدعى انه موسر وقال المدعى عليه أعسرت بعد ذلك وأقام بذلك بينة فانها تقدم لان معها علما بامر حادث وهو حدوث ذهاب المال اه والظاهر انه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد اعساره الذي ادعاه أطلق في قبول بينة اليسار فافاد قبولها وان لم يذكروا مقدار ما ملكه وفي البزازية ولم يشترط بيان ما به اليسار لان المقصود منها دوام الحبس عليه ولم يبينوا مقدار ما يملك ولو بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها وتمامه في القنية وفي العناية فان قيل محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لانهم لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشترى جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار فبرهن الشفيع ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقداره وأجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على أداء الدين وهي لا تكون الا بملك مقدار الدين فثبت بها قدر الملك وفي النصيب لم يشهدوا بشئ معلوم فافترقا اه (قوله وأبد حبس الموسر) لانه جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس وأما كونه يعجل القاضي حبسه أو لا يحبسه حتى تظهر مماطلته فقدمناه ولذا حمل صاحب الهداية قوله في الجامع الصغير انه يؤبد حبس الموسر اذا أقر على ما اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهرت مماطلته (قوله ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق قيدنا بالامتناع لانه لا يحبس في النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فلانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد كذا ذكر الشارح ومراده ان النفقة الواجبة المجتمعة داخلة تحت قوله لا في غيره فلا يحبس عليها ان ادعى الفقر الا أن تثبت المرأة يساره فاذا ادعت المرأة بنفقة أو كسوة مقررة اجتمعت عليه وقال اني فقير فالقول له مع يمينه ولا يحبس اذا حلف فان أقامت بينة على يساره وطلبت حبسه حبسه القاضي (قوله لا في دين ولده) أي لا يحبس أصل في دين فرعه لانه لا يستحق العقوبة بسبب ولده

فصلا صغيرة بما قاله القهستاني في كتاب الكفالة فطلب مني بعض ذلك فقلت رد على المفتي القائل بعدم حبسه بقولهم لا يحبس أصل في دين فرعه متوهما ان الكفيل اذا حبس الاب فقد صدق عليه انه حبس أصل في دين فرعه ولا يعترض لانه انما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه الذي ثبت عليه أو سيثبت على قول من جعلها ضما في الدين وعلى قول من جعلها ضما في المطالبة فلم يدخل في قولهم لا يحبس أصل في دين فرعه لانه انما حبسه أجنبي فيما ثبت له عليه تأمل اهـ وقدمنا عبارة القهستاني في كتاب الكفالة عند قوله فان لزم لازمه وان الشرنبلالي أفتى بأنه ليس الابن في هذه الصورة حبس الكفيل لما يلزمه من حبس أصل الابن لا انه ليس للكفيل حبسه وقدمنا الفرق بينه وبين عبارة القهستاني فراجعه (قوله ولكن ينبغي أن يتنبه لشئ الخ) قال الفهامة العلامة شيخ الاسلام الشيخ محمد الغزي وفي جواهر الفتاوى رجل له على

الا اذا امتنع من الانفاق عليه

أبيه مهر امه أو دين آخر فاقر أو أقام البينة فانه لا يحبس ما لم يتمرد على الحاكم فاذا تمرد عليه يحبس وهذا بخلاف نفقة الولد الصغير فانه يحبس وان فيه صيانة مهجته اهـ أقول ما ذكره الشارح من انه يبيع عليه ماله لقضاء دينه يغني عن حبسه اهـ ما ذكره الغزي كذا في حاشية الرملي (قوله والصحيح عندهما يباع عقاره كمنقوله) قال الرملي المنقول في كتاب الحجر ان ماله ودينه لو كانا دراهم قضى بلا أمره وكذا اذا كانا دنانير ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس يبيع في دينه وهذا بالاجماع ولم يبع عرضه وعقاره عند أبي حنيفة وعندهما يباع كذا في تبيين الكنز وفي الاختيار وقالا يبيع وعليه الفتوى وقال القاضي وفي قول صاحبيه يبيع منقوله ولا يبيع عقاره عندهما وفي رواية يبيع كما يبيع المنقول وهو الصحيح اهـ ذكره الغزي (قوله وان كان له أبا أو وصي فانه يحبس الخ) قال في النهر قال الطرسوسي ويؤخذ من هذا انه ليس للقاضي ولا نائبه بيع عقاره ولا ماله مع وجودهما لانه لو كان له لامر بالبيع قبل

ولذا لا قصاص عليه بقتله ولا بقتل مورثه ولا يحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه وقولهم هنا انه لا قصاص بقتله يقتضي ان المراد الاصل أبا أو أما أو جد الاب أو الام لتصريحهم في باب الجنايات أن الجد لا قصاص عليه بقتل ولد بنته فكذا لا يحبس بدينه وفي المحيط ولا يحبس الابوان والجدان والجدتان الا في النفقة لولدهما اهـ وظاهر اطلاقهم انه لا فرق بين الموسر والمعسر ولكن ينبغي أن يتنبه لشئ وهو انه اذا كان موسرا وامتنع من قضاء دين ولده وقلنا لا يحبس فالقاضي يقضي دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء كبيعه مال المحبوس الممتنع عن قضاء دينه والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله ولو قال المديون أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي ثلاثة ولا يحبسه ولو له عقار يحبسه ليبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل كما في البزازية وسيأتي تمامه في الحجر ان شاء الله تعالى فيبيع القاضي مال الاب لقضاء دين ابنه اذا امتنع لانه لا طريق له الا البيع والا ضاع وقيد بدين الولد لان الولد يحبس بدين أصله ويحبس القريب بدين قريبه كما في الخانية وقد كتبنا في الفوائد الفقهية ان من لا يحبس سبعة الاول الاصل في دين فرعه الثاني المولى في دين عبده المأذون غير المديون وان مديونا يحبس لحق الغرماء الثالث العبد لا يحبس بدين مولاه أطلقه الشارح فظاهره ولو كان مديونا الرابع المولى لا يحبس بدين مكاتبه ان كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة والا يحبس لتوقفها على الرضا الخامس لا يحبس المكاتب بدين الكتابة وان كان دينا آخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لانه يتمكن من اسقاطه بالتعجيز وصححه في المبسوط وعليه الفتوى كما في أنفع الوسائل السادس لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار اذا لم يكن له أب ولا وصي والرأي الى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للايفاء وان كان له أب أو وصي فانه يحبس اذا امتنع من قضاء دينه من ماله ولا يحبس الصبي الا بطريق التأديب حتى لا يتجاسر الى مثله اذا باشر شيأ من أسباب التعدي قصدا أما اذا كان خطأ فلا كذا في المبسوط من كتاب الكفالة وفي المحيط وللقاضي أن يحبس الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد فان الصبي يؤدب لينزجر عن الافعال الذميمة السابع اذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون في دية وأرش ويؤخذ من العطاء وان لم يكن لهم عطاء يحبسون كذا في البزازية ويزاد ثنتان قدمناهما لا يحبس المديون اذا علم القاضي ان له مالا غائبا أو محبوسا موسرا فصارت تسعا (قوله الا اذا امتنع من الانفاق عليه) فيحبس لانها لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له قتله دفعا عن نفسه وهكذا حكم الاجداد

والجدات وان علوا الان فى ترك الانفاق سعاية هلاكهم وقيد فى السراج الوهاج الولد بالصغر والفقر فظاهره انه اذا كان بالغا زمنا فقيرا لا يحبس أبوه اذا امتنع من الانفاق عليه مع ان النفقة واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى والحاصل انه اذا امتنع من الانفاق على أصله وان علا وفرعه وان سفل وعلى زوجته يحبس وفى فتح القدير ويتحقق الامتناع بان تقدمه فى اليوم الثانى من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضى ذلك فاما بمجرد فرضها وطلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق فهذا يقتضى انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها فى يوم ينبغى اذا قدمته فى اليوم الثانى أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فانه ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه فى باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة وان كان ماذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير اه وفى فتاوى قارئ الهداية اذا لم يكن الزوج صاحب مائدة وعلم القاضى انه يضارها فى الانفاق فرض نفقتها عليه دراهم يقبضها لها وان امتنع من أن يفرض شيأ حبس حتى يفرض اه وهو مشكل لان القاضى يفرض اذا امتنع فلا حاجة الى فرض الزوج ليحبس اذا امتنع

والله أعلم

م

﴿تم الجزء السادس ويليه الجزء السابع وأوله باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره﴾

الحبس قال ابن وهبان وهى فائدة حسنة (قوله وقيد فى السراج الوهاج الولد بالصغر والفقر) قال فى المنح والظاهر انه ليس بقيد احترازى عن البالغ الزمن الفقير فانه فى معنى الصغير كما لا يخفى فيحبس أبوه اذا امتنع من الانفاق عليه كما هو الظاهر وقد فهم شيخنا فى بحره منه انه احترازى (قوله وهو مشكل لان القاضى يفرض اذا امتنع الخ) قال فى المنح اذا حمل قوله واذا امتنع من أن يفرض على عدم قبوله لما فرضه عليه القاضى والامتناع من الانفاق يزول الاشكال